



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FD – Faculdade de Direito

**A ANÁLISE DE PROGRAMAS DE DESCONTOS (*REBATES*) DE
ACORDO COM A COMISSÃO EUROPEIA E O CADE**

Cássia Kinoshita

12/0072734

Brasília, julho de 2017.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FD – Faculdade de Direito

**A ANÁLISE DE PROGRAMAS DE DESCONTOS (*REBATES*) DE ACORDO COM A
COMISSÃO EUROPEIA E O CADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade de Brasília, como requisito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Frazão

Brasília, julho de 2017.

TERMO DE APROVAÇÃO

CÁSSIA KINOSHITA

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel pela Faculdade de Direito de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Ana Frazão

Professora Doutora e Orientadora

Amanda Athayde Linhares Martins

Professora Doutora e Examinadora

Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho

Mestranda e Examinadora

Mamede Said Maia Filho

Professor Doutor e Suplente

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer aos meus pais, Angela Mitie Otta Kinoshita e Sérgio Koodi Kinoshita, à minha irmã, Daniele Kinoshita, e ao meu irmão, Tiago Kinoshita. Apesar do convívio não ser mais diário, devo agradecê-los por serem exemplos constantes de pessoas, profissionais e acadêmicos/as. Acima de tudo, agradeço a eles por me ensinarem que nossas conquistas sempre podem ir além das nossas próprias expectativas, desde que façamos tudo com dedicação e trabalho duro.

Agradeço também aos meus tios e às minhas tias por me acolherem tão bem na cidade de Brasília e fazerem a experiência de estudar na Universidade de Brasília mais fácil.

Não poderia deixar de agradecer aos meus chefes, José Alexandre Buaiz Neto, Daniel Costa Rebello, Marco Aurélio M. Barbosa, Gabriela Assis Abdalla e Clarissa Y Amoedo de Velloso Passarinho, pela compreensão quanto à minha ausência para elaboração desta monografia.

As conquistas também só têm sentido quando compartilhadas. Minha gratidão vai para meus amigos e amigas, de Marília e Brasília, com quem pude compartilhar as angústias e os desafios de elaboração deste trabalho. Em especial, muito obrigada à Isabela Pannunzio, à Janaína Albuquerque, à Marina de Camargos, ao Mateus Jafelice e à Nina Coelho por todo o apoio.

Esta monografia não seria possível sem a compreensão e dedicação da minha orientadora, Ana Frazão, a quem devo agradecer não somente por ter aceitado me orientar, mas também por servir de inspiração como mulher, acadêmica e profissional, diante de toda força, elegância e competência que permeiam seu trabalho em todas as esferas. Agradeço também à Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho e à Amanda Athayde Linhares Martins, por terem aceitado participar da minha banca de monografia e também servirem de inspiração como profissionais extremamente competentes do Direito da Concorrência brasileiro.

RESUMO

O propósito deste trabalho consiste em entender como as autoridades em matéria de concorrência brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e europeia – a Comissão Europeia – analisam os *rebates*. A partir deste estudo, busca-se identificar quais são os fatores levados em consideração para se averiguar se determinados descontos são prejudiciais ou não à concorrência. Neste trabalho, *rebates* são definidos como descontos que podem ser concedidos por empresas a seus compradores.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Rebates; Programas de Desconto.

ABSTRACT

The purpose of this paper consists of understanding how the Brazilian competition authority – the Administrative Council for Economic Defense – and European competition authority – the European Commission – analyze the rebates. Such study is aimed at identifying the elements that are taken into consideration to assess whether certain rebates are damaging to competition or not. In this paper, rebates are defined as discounts that may be granted by companies to their buyers.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Rebates; Programas de Desconto.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1. DESCONTOS (REBATES).....	11
1.1 Descontos (rebates) e Direito da Concorrência.....	11
1.1.1 Breves considerações acerca da regra de análise de condutas	11
1.1.2 Descontos no Direito da Concorrência da União Europeia	14
1.1.3 Descontos no Direito da Concorrência do Brasil	16
1.2 Conceito e classificação de descontos (rebates).....	18
1.2.1 Dos possíveis efeitos anti e pró-competitivos dos descontos.....	20
2. A ANÁLISE DA CONCESSÃO DE DESCONTOS (REBATES) PELA COMISSÃO EUROPEIA	24
2.1 O Caso Intel.....	24
2.1.1 Breve síntese do caso.....	24
2.1.2 Dos argumentos da Intel	26
2.1.3 Da análise do Caso Intel	26
2.1.3.1 A adoção do form-based approach e ausência de necessidade da análise das circunstâncias do caso	28
2.1.3.1 Dos critérios para a caracterização da condição de exclusividade	32
2.1.3.1 Da ausência de necessidade de realização do teste AEC	34
2.1.3.1 Da ausência de necessidade de patamar mínimo de mercado afetado pela prática.....	36
2.1.3.2 Outras questões discutidas.....	37
2.2 Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82	38
2.2.1 Conceito dos descontos condicionais estabelecido pelo Guia da Comissão Europeia.....	38
2.2.2 Análise dos descontos de acordo com o Guia da Comissão Europeia	39
2.3 Críticas ao julgamento do Caso Intel.....	42
2.3.1 Da adoção do form-based analysis e da ausência de análise das circunstâncias do caso.....	43
2.3.2 Da categorização dos descontos	45
2.3.3 Da controvérsia acerca do método de análise	47
2.3.4 Da capacidade/ probabilidade de prejuízo à concorrência.....	48
2.3.5 Da representatividade do nível do mercado afetado e da caracterização da condição de exclusividade.....	49
2.3.6 Da ausência de necessidade de realização do teste AEC.....	50

2.4	Tendências quanto à análise da Comissão Europeia	51
3.	A ANÁLISE DA CONCESSÃO DE DESCONTOS (REBATES) PELO CADE	54
3.1	O Caso Tô Contigo	54
3.1.1	Breve síntese do caso	54
3.1.2	Dos argumentos da AmBev	56
3.1.3	Da análise do Caso Tô Contigo	56
3.1.3.1	Das características do Programa Tô Contigo.....	56
3.1.3.2	Da abordagem da Comissão Europeia	59
3.1.3.3	Do mercado relevante e poder de mercado da AmBev	60
3.1.3.4	Dos efeitos econômicos da conduta: incapacidade de competição por lote, não-linearidade do Programa Tô Contigo e ausência de eficiências	60
3.1.3.5	Conclusões.....	66
3.2	O Caso Infoglobo.....	67
3.2.1	Breve síntese do caso	67
3.2.2	Dos argumentos da Infoglobo	69
3.2.3	Da análise do Caso Infoglobo	70
3.3	Críticas acerca da análise do Cade.....	72
	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

No Direito da Concorrência, um dos maiores desafios enfrentados consiste na análise de práticas restritivas unilaterais. Ao contrário de condutas que são, aprioristicamente, consideradas ilícitas, como cartéis, a adoção de práticas que podem gerar efeitos benéficos para a concorrência desafiam os aplicadores de direito, na medida em que não existem fórmulas prontas para se averiguar se seus efeitos negativos são, de fato, sobressalentes às eficiências que podem ser por elas geradas.

Dentre essas condutas, destacam-se os programas de desconto, ou, em inglês *rebates*¹. À primeira vista, os descontos podem causar a impressão de que são essencialmente pró-competitivos, partindo da lógica de que, com os descontos, os custos de um agente intermediário podem ser reduzidos, o que poderia levar, em última instância, a uma diminuição também do preço para o consumidor final. Contudo, como não existe resposta fácil no Direito da Concorrência, a concessão de descontos pode, em alguns casos, gerar efeitos anticompetitivos no mercado em que se insere e que podem prevalecer sobre os impactos benéficos à livre concorrência.

O objetivo deste trabalho é justamente identificar quais são os casos em que os *rebates* podem gerar esses efeitos deletérios à livre concorrência. Para tanto, serão estudados casos paradigmáticos das autoridades antitruste da União Europeia e do Brasil, no intuito de, mais especificamente, entender quais são os fatores levados em consideração por tais autoridades na análise da prática de descontos.

No âmbito da União Europeia, optou-se por estudar o Caso Intel², na medida em que se trata de um dos casos de *rebates* de maior riqueza, tanto em termos de profundidade das decisões proferidas, como das críticas que foram tecidas em relação a elas. Assim, considerou-se que este caso seria o mais interessante para, além de entender melhor o posicionamento atual da Comissão Europeia – autoridade europeia em matéria antitruste –, compreender quais são as possíveis mudanças no entendimento que podem vir a ocorrer, com base nas críticas que foram feitas até o momento.

No caso brasileiro, conforme será demonstrado abaixo, a jurisprudência da autoridade brasileira da concorrência – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – é

¹ Neste trabalho, *rebates* e descontos serão mencionados como sinônimos.

² Caso COMP/C-3 /37.990, julgado pela Comissão Europeia em 13 de maio de 2009.

limitada³. Porém, alguns casos são relevantes para delimitar o entendimento do Cade em relação à conduta de descontos, dentre os quais o Caso Tô Contigo e o Caso Infoglobo. A escolha por esses casos se deu, em grande medida, pela profundidade da decisão proferida pelo Cade e do parecer da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE). Além disso, por se tratarem de investigações mais recentes, os casos podem dar uma visão um pouco mais atual da abordagem do Cade atinente ao tema.

A metodologia adotada neste trabalho consiste no Método de Análise de Decisões (MAD). Portanto, num primeiro momento, foi realizada uma “pesquisa exploratória” para familiarização com o tema de *rebates*. Posteriormente, identificou-se a questão problema – como os casos que envolvem descontos foram analisados na perspectiva do Direito da Concorrência – pelas autoridades antitruste europeia e brasileira em algumas decisões por elas proferidas (recorte institucional)⁴.

Nesse sentido, o presente trabalho está estruturado da seguinte maneira: no primeiro Capítulo, são apresentados os conceitos de descontos, sob uma perspectiva do Direito da Concorrência; posteriormente, são tecidas considerações para demonstrar a relevância do tema para tal seara do Direito. Após tal capítulo preliminar, passa-se à análise dos casos relevantes, tanto pela autoridade europeia, como pela brasileira. Enfim, são apresentadas as conclusões.

Por fim, vale destacar que a escolha por se analisar casos da Comissão Europeia e do Cade se baseia no fato de que o desenvolvimento Direito da Concorrência no Brasil foi influenciado pelo Direito da Concorrência europeu, possuindo as mesmas raízes deste⁵. Portanto, esse estudo comparativo permite identificar em quem medida essa influência se reflete na análise da autoridade brasileira em relação aos descontos, bem como possibilita identificar desafios em comum.

³ Dentre tais investigações, destacam-se os Processos Administrativos nº 08000.000128/1995-98 (Empresa Folha da Manhã); 08000.161153/1995-89 (Empresa Folha da Manhã); 08012.001182/1998-31 (Microsoft Informática); 08012.003805/2004-10 (AmBev); e 08012.003064/2005-58 (Infoglobo).

⁴ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em 28 de maio de 2017.

⁵ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 7-8. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

1. DESCONTOS (*REBATES*)

1.1 Descontos (*rebates*) e Direito da Concorrência

1.1.1 Breves considerações acerca da regra de análise de condutas

O Direito da Concorrência visa tutelar a concorrência livre e real entre as empresas, como forma de proteção dos consumidores, das empresas e da economia em geral⁶.

Os objetivos que regem o Direito da Concorrência são, geralmente, perseguidos por meio de duas formas de controle: (i) o controle preventivo, no qual as autoridades antitruste analisam previamente atos de concentração econômica, isto é, operações – tais como fusões e aquisições – que podem acarretar um aumento da concentração econômica em determinados mercados; e (ii) o controle repressivo, que consiste em analisar e eventualmente punir condutas perpetradas por empresas que possam, de certa forma, restringir ou mesmo eliminar a competição nos mercados em que atuam.

Tais condutas, por sua vez, podem ser classificadas em *práticas coordenadas*, quando envolvem mais de uma empresa, e *práticas unilaterais*, quando são perpetradas por apenas um agente. Além disso, dependendo da relação entre os agentes envolvidos na conduta, esta pode ser qualificada como *horizontal*, quando envolve empresas que pertencem ao mesmo nível na cadeia de produção, ou *verticais*, caso sejam realizadas por agentes que estão em diferentes níveis da cadeia produtiva⁷.

Exemplo clássico de conduta horizontal são as práticas de cartel, em que concorrentes diretos decidem fazer acordos no intuito de dividir mercados e combinar preços. Por sua vez, condutas verticais podem abarcar uma série de práticas distintas, tal como fixação de preço de revenda, na qual um fornecedor estabelece um preço mínimo de revenda para seus distribuidores.

A relevância dessa distinção reside no fato de que, dependendo da qualificação da prática como horizontal ou vertical, o método de análise de cada tipo de conduta é diferente.

Por um lado, as práticas horizontais, por terem uma finalidade precipuamente ilícita, possuem geralmente um tratamento legal mais rigoroso. O método de análise que se aplica a

⁶ WHISH Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. p. 19-23. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. p. 91-92. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

esses casos é o *per se*, pois tais condutas possuiriam, por si só, probabilidade de gerar efeitos deletérios ao ambiente concorrencial em que se inserem e, portanto, são sancionáveis mediante a comprovação de sua mera existência⁸. Por possuírem, em tese, um objetivo anticoncorrencial, tais práticas são denominadas *infração por objeto*.

Segundo Paula Forgioni, a ilicitude *per se* “*desobriga a autoridade antitruste realizar análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico*”, de modo que a partir da constatação de que uma determina conduta se enquadra como um ilícito *per se*, restringindo a livre concorrência de forma não razoável, tal prática deverá ser punida⁹.

No entanto, cumpre destacar que a presunção de ilegalidade das infrações por objeto é relativa, e não absoluta. Nesse sentido, uma vez verificada a existência da conduta pela autoridade antitruste, o ente acusado ainda pode defender que a inexistência dos efeitos prejudiciais à concorrência, ou ainda a falta de plausibilidade que eles se concretizariam¹⁰.

Nesse mesmo sentido, Marcos Paulo Veríssimo anota que a presunção de ilegalidade das infrações por objeto transfere da autoridade antitruste para o acusado o ônus de comprovar que os efeitos de restrição à concorrência da conduta em questão são secundários em relação a um objetivo distinto e lícito, e que os efeitos benéficos desse objetivo principal da prática prevalecem sobre esses impactos negativos à livre concorrência¹¹.

Por sua vez, as condutas verticais, em tese, não possuem por objetivo principal a limitação à competição, podendo gerar, muitas vezes, efeitos pró-competitivos. Por isso, o método de análise adotado é a regra da razão, por meio da qual se exige a comprovação de efeitos anticompetitivos para caracterizar a ilicitude da conduta¹². De acordo com Paula Forgioni, “*pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável*”¹³.

⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. p. 93. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁹ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. p. 193. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. p. 93. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

¹¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 julgado em 20 de fevereiro de 2013.

¹² Ibidem.

¹³ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. p. 193. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Assim, são verificados os efeitos líquidos da conduta, isto é, se o impacto negativo da prática prevalece ou não sobre as possíveis eficiências que dela podem decorrer. Em razão da necessidade de demonstração de efeitos, tais condutas são chamadas de *infrações por efeitos*.

A esse respeito, vale notar que os efeitos anticompetitivos necessários para configurar a ilegalidade da prática podem ser apenas potenciais, desde que eminentes e com probabilidade de concretização. Caso contrário, para que uma conduta fosse punível, a autoridade antitruste teria que aguardar a produção de seus efeitos¹⁴.

Para se analisar condutas, em especial as verticais, geralmente, verifica-se se a empresa em questão possui posição dominante. Esta é definida como sendo o poder econômico detido por um agente que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado, podendo alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado¹⁵. A posição dominante faz com que a empresa não sofra pressão competitiva suficiente e, assim, as decisões por ela tomadas são, em grande medida, independentes da reação de concorrentes, clientes e consumidores. Por exemplo, um *player* em posição dominante poderia aumentar os preços acima do nível de concorrência, de forma rentável, em um prazo significativo¹⁶.

Por sua vez, para determinar se uma empresa possui posição dominante, normalmente são analisados os seguintes critérios: (i) a participação de mercado do agente em questão e de seus concorrentes; (ii) se a entrada de um concorrente seria provável, suficiente e tempestiva; e (iii) se os clientes possuem poder de barganha¹⁷.

Muito embora não haja um parâmetro de *market share* capaz de determinar se uma empresa possui ou não posição dominante, a Comissão Europeia entende que, normalmente,

¹⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. p. 91-92. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

¹⁵ Vide Art. 36 da Lei nº 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

¹⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 8. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

¹⁷ Ibidem.

uma porcentagem de 40% pode sugerir a dominância¹⁸, enquanto que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) aponta que tal valor seria de 20%¹⁹.

1.1.2 Descontos no Direito da Concorrência da União Europeia

Na União Europeia, a competência de aplicar e monitorar o devido cumprimento de regras e princípios em matéria de concorrência recai sobre a Comissão Europeia. Tal ente possui a responsabilidade de analisar e decidir acerca de operações que devem ser notificadas à Comissão (fusões e aquisições), bem como monitorar e, caso seja necessário, punir condutas que possam ser enquadradas como ilícitos concorrenciais (tais como cartéis e abuso de posição dominante)²⁰.

No âmbito da União Europeia, a principal legislação que norteia a aplicação do direito antitruste consiste no Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). As condutas passíveis de enquadramento e punição pela Comissão Europeia estão previstas nos Artigos 101 e 102 do referido diploma legal (correspondentes aos antigos Artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia - “TCE”).

O Artigo 101 visa coibir acordos entre empresas e quaisquer práticas concertadas que tenham, por objetivo ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência. A Comissão ressalta que se enquadram neste artigo as condutas que (i) fixem, de forma direta ou indireta, preços ou quaisquer outras condições de transação; (ii) limitem ou controlem a produção, distribuição, desenvolvimento técnico ou investimentos; (iii) dividam os mercados ou fontes de abastecimento; (iv) apliquem condições desiguais em prestações equivalentes, colocando parceiros em desvantagem na concorrência; e (v) subordinem a celebração de contratos à

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Vide Art. 36 da Lei nº 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

²⁰ **Instituições da UE e a política da concorrência.** Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consumers/institutions_pt.html. Acesso em 25 de maio de 2017.

aceitação de prestações suplementares que não possuem ligação com o objeto desses contratos²¹.

O Artigo 102, por sua vez, proíbe que empresas abusem de sua posição dominante. Tais práticas abusivas podem consistir na (i) imposição, direta ou indiretamente, de preços ou outras condições de transação não equitativas; (ii) limitação à produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores; (iii) aplicação de condições desiguais em prestações equivalentes, colocando em desvantagem determinados parceiros comerciais; e (iv) subordinação da celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares que não possuem ligação com o objeto desses contratos²².

Nesse contexto, os programas de desconto, quando utilizados por agentes em posição dominante para excluir rivais do mercado ou dificultar o acesso a potenciais entrantes, prejudicando consumidores, podem ser enquadrados como uma conduta abusiva nos termos do supramencionado Artigo 102 do TFUE.

²¹ Artigo 101. 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

²² Artigo 102. (ex-artigo 82.º TCE). É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Cumprido destacar que, em 2009, a Comissão Europeia publicou um *paper* para orientar a aplicação do Artigo 82 do TCE (atual Artigo 102 do TFUE), intitulado “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*” (“Guia da Comissão Europeia”). Dentre as formas específicas de abuso mencionadas, a Comissão incluiu os programas de desconto, na medida em que, de acordo com o documento, os descontos poderiam ser utilizados por agentes dominantes, de forma abusiva, para indenizar clientes por uma exigência de exclusividade, o que poderia gerar efeitos deletérios à concorrência²³.

1.1.3 Descontos no Direito da Concorrência do Brasil

No Brasil, a competência de aplicação das normas e princípios que disciplinam o Direito da Concorrência é exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O diploma legal que rege tais diretrizes é a Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011, que revogou a antiga Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Assim como a Comissão Europeia, o Cade é responsável por analisar e aprovar ou rejeitar atos de concentração econômica, bem como por inspecionar e punir eventuais condutas prejudiciais ao ambiente concorrencial brasileiro.

As condutas passíveis de enquadramento como infrações à ordem econômica estão previstas no Artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. O dispositivo estabelece que constituem ilícitos concorrenciais as práticas que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitação, falseamento ou de qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumento arbitrariamente dos lucros; e (iv) exercício de forma abusiva posição dominante²⁴.

²³ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 12-13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

²⁴ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O Artigo 36 também traz um rol exemplificativo de práticas que podem se enquadrar nas hipóteses acima, que incluem tanto condutas horizontais como verticais²⁵.

Nesse contexto, quando utilizados como mecanismo para atingir qualquer um dos fins elencados no *caput* do Artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, os programas de desconto também podem ser enquadrados como ilícito anticoncorrencial pelo Cade. Nessa mesma linha, Lauro Celidonio, Andrea Saad e Felipe Pelussi anotam que apesar de sistemas de descontos não

²⁵ Art. 36.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

serem ilícitos *per se*, eles podem ser considerados ilícitos, dependendo da sua capacidade de impedir concorrentes de entrarem e de competirem no mercado²⁶.

1.2 Conceito e classificação de descontos (*rebates*)

De forma geral, os *rebates* constituem descontos que podem ser concedidos por produtores ou fornecedores a determinados compradores. Tais descontos são relevantes do ponto de vista concorrencial quando são concedidos (i) por empresas em posição dominante; (ii) para intermediários, e não para o consumidor final; e (iii) em mercados nos quais há a presença de intermediários, que oferecem produtos para consumidores diretos²⁷.

Dependendo dos critérios estabelecidos para a concessão de tais descontos, os *rebates* são comumente classificados em categorias. Inicialmente, os precedentes da Comissão Europeia (*Hoffmann-La Roche*)²⁸ enquadravam os *rebates* em duas classes: (i) descontos de fidelidade/ lealdade (*loyalty/fidelity rebates*) e (ii) descontos de quantidade (*quantity rebates*).

Em síntese, os *fidelity rebates* podem ser definidos como uma prática de descontos que beneficia compradores que adquirem a totalidade ou uma quantia considerável de um determinado bem de um fornecedor²⁹. Por sua vez, os *quantity rebates* seriam puramente baseados no volume de compras, de forma não discriminatória³⁰.

Em um precedente posterior ao *Hoffmann-La Roche* – o Caso *Intel*³¹ –, a Comissão Europeia identificou três categorias diferentes de descontos: (i) descontos de quantidade (conforme definido acima); (ii) descontos de exclusividade; e (iii) descontos com efeito de fidelização (*loyalty-inducing rebates*). Esta terceira classe de *rebates* abrangeria descontos que

²⁶ GOMES, Lauro Celidonio Gomes; SAAD, Andrea; PELUSSI, Felipe. Dominance. **Getting the Deal Done**. 21 de abril de 2017. Disponível em: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/6/dominance-brazil/>. Acesso em 29 de maio de 2017.

²⁷ ROQUES, Christian. “CFI Judgment, Case T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission”, **European Competition Law Review** (2004), vol. 25, n.11, p. 688 *apud* FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 37.

²⁸ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel, p. 27. São Paulo: Editora Singular, 2016.

²⁹ OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES**: Note by Brazil. 2016. p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)2&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)2&doclanguage=en). Acesso em 13 de maio de 2017.

³⁰ OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES** Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity Rebates. 2016. p. 3. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL/en/pdf). Acesso em 14 de maio de 2017.

³¹ Caso COMP/C-3 /37.990, julgado pela Comissão Europeia em 13 de maio de 2009.

não estão diretamente relacionados a uma condição de (quase) exclusividade, porém podem ter um efeito de criação de fidelidade, mediante mecanismos condicionados à conquista de metas de vendas que não estão vinculadas a uma determinada proporção ou a quantia total de uma empresa dominante³².

Mais recentemente, o *Guidance on Enforcement Priorities* (“Guia da Comissão Europeia”), documento elaborado pela Comissão Europeia para orientar a aplicação do artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia (atual Artigo 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia)³³, evitou tal classificação tríplice. No Guia, buscou-se focar em uma definição mais neutra de “descontos condicionais” (*conditional rebates*), que seriam “*descontos concedidos a clientes para recompensar por um comportamento de compra específico*”³⁴. Mais especificamente, tratam-se de descontos dados a clientes que adquirem, durante um período previamente estabelecido, uma quantia que ultrapasse um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre todas as compras (retroativos) ou apenas às compras acima do limiar (progressivos)³⁵.

Nesse mesmo sentido, Damien Geradin e Caio Mário da Silva Pereira Neto³⁶ definem os *conditional rebates* como esquemas de incentivo concedidos por um fornecedor a seus clientes (inclusive distribuidores) sob a condição de que sua compra exceda determinados limiares. Tais patamares podem ser estabelecidos em termos de volume, porcentagens sobre a necessidade total do cliente ou aumento de compras. Os autores ainda classificam tais descontos em (i) produto único, quando concedidos para somente um tipo de produto; e (ii) multi-produto, quando abrangem diferentes produtos.

³² TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014.

³³ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p.13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

³⁶ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law**. 2012. p. 12-13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

1.2.1 Dos possíveis efeitos anti e pró-competitivos dos descontos

À primeira vista, a concessão de descontos pode ser vista como essencialmente pró-competitiva, na medida em que podem reduzir os custos de um comprador e, conseqüentemente, os preços cobrados por seus produtos aos consumidores finais.

Contudo, ao se analisar mais detidamente a prática, é possível verificar que sistemas de descontos nem sempre geram apenas efeitos benéficos à concorrência, especialmente quando conduzidos por empresas com posição dominante. Por isso, programas de desconto podem vir a configurar uma conduta anticompetitiva, passível de análise e punição pelas autoridades antitruste.

De acordo com Geradin e Pereira Neto, as preocupações concorrenciais suscitadas pela política de descontos decorrem do fato de que agentes em posição dominante podem concedê-los para excluir concorrentes ou impedir sua expansão no mercado³⁷.

Com efeito, considerando a posição dominante detida pela empresa, presume-se que parcela da demanda é necessariamente abastecida por seus produtos, que consiste na parte não-contestável da demanda. Assim, a empresa pode fazer uso de seu poder de mercado para reforçar sua presença também na parcela contestável da demanda, isto é, na porção do mercado em que concorre com empresas que fornecem produtos substitutos e, portanto, clientes possuem maior poder de escolha.

No Caso Intel, que será analisado mais detalhadamente abaixo, entendeu-se que *rebates* são presumidamente lícitos apenas quando se tratam de descontos de quantidade. De fato, nestas situações, caso o aumento do montante oferecido possa diminuir custos para o fornecedor, tal redução poderia ser repassada a seus clientes, que também seriam beneficiados por meio de preços mais favoráveis. Assim, os descontos de quantidade poderiam acarretar ganhos de eficiência e economias de escala³⁸.

No entanto, em relação à segunda categoria de *rebates* – os descontos de exclusividade –, adotou-se o entendimento de que estes seriam, por sua própria natureza, presumidamente ilícitos³⁹, na medida em que, salvo em algumas ocasiões excepcionais, eles seriam essencialmente destinados ao fechamento de parte do mercado a concorrentes e,

³⁷ Ibidem. p. 13.

³⁸ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 13.

³⁹ Ibidem. p. 14.

consequentemente, à restrição da liberdade de escolha de compradores. De acordo com o precedente, agentes com poder de mercado poderiam utilizar de tal estratégia para alavancar sua posição na parte contestável da demanda, por meio de sua posição na parte não-contestável⁴⁰.

Ainda, no que tange à terceira categoria de descontos, entende-se, no Caso Intel, que sua legalidade ou ilegalidade não pode ser presumida *a priori*, especialmente em razão da ausência de obrigação de exclusividade. Deste modo, os *loyalty-inducing rebates* demandariam uma análise detalhada dos critérios e regras que regem a concessão dos descontos, as circunstâncias em que são aplicados e a possível existência de efeitos pró-competitivos advindos da prática⁴¹.

No entendimento de Geradin e Pereira Neto, tais efeitos pró-competitivos podem incluir: (i) redução de preços; (ii) economias de escala e maior agilidade na recuperação de custos fixos; (iii) economias de escopo e redução de custos de transação; e (iv) prevenção de *hold-up*⁴².

A redução de preços (item i) decorre do fato de que, com a concessão de descontos, os clientes da empresa que os oferece podem desfrutar de preços mais favoráveis, e tal redução pode ser transferida a seus consumidores. Além disso, a prática pode incentivar concorrentes a diminuir o montante cobrado por seus produtos.

Em relação à economia de escala (item ii), os autores notam que, em setores com custos fixos elevados, a concessão de descontos pode aumentar o volume vendido e as receitas da empresa. Nesse contexto, a empresa teria mais facilidade para recuperar seus custos fixos, na medida em que estes seriam melhor diluídos num volume maior de vendas, gerando, assim, economia de escala.

Por sua vez, a economia de escopo (item iii) é geralmente verificada em casos de descontos multi-produto, na medida em que a compra de vários produtos de um único fornecedor pode reduzir custos transacionais para a empresa que os adquire.

⁴⁰ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

⁴¹ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 13.

⁴² GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 13-14. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

Além disso, os descontos podem incentivar uma empresa a fazer determinados investimentos no âmbito de uma relação com um cliente específico. Por exemplo, caso um cliente demande investimentos do fornecedor, os descontos podem representar a segurança necessária para que ele os realize, evitando-se, assim, o problema de *hold up*⁴³ (item iv).

Similarmente, os descontos podem auxiliar a resolver o problema de efeito carona, ao alinhar os incentivos do distribuidor e do produtor. Isso porque os descontos podem conferir ao fabricante a confiança necessária de que concorrentes não irão “pegar carona” nos investimentos realizados pela empresa em questão⁴⁴.

No Caso Tô Contigo⁴⁵, que será examinado mais detalhadamente abaixo, o Cade constatou que programas de desconto poderiam ser considerados pró-competitivos, desde que eles (i) aproximem os preços do custo marginal do produtor ou (ii) aumentem o poder de barganha dos compradores, dado que eles podem incentivar a concentração das compras em um único fornecedor⁴⁶.

De acordo com Patrícia Semensato Cabral, quando da análise do Caso Tô Contigo, os programas de desconto de fidelidade podem ser considerados, *a priori*, positivos. Isso porque os descontos poderiam aumentar a (i) eficiência alocativa (ao reduzir o peso-morto); (ii) eficiência técnica (economias na produção ou distribuição) e (iii) eficiência dinâmica (indução de consumidores a experimentarem novos produtos, com consequente estímulo à concorrência)⁴⁷.

Programas de Desconto ⁴⁸	
Efeitos pró-competitivos	Efeitos anticompetitivos
Redução de custos e preços	Fechamento de mercado

⁴³ Segundo Daniela Steinhauser Gregg, o problema de *hold-up* ocorre em situações envolvendo contratos incompletos e investimentos específicos, no qual um dos agentes de um contrato pode não estar disposto a investir no ativo específico por um temer um futuro prejuízo. Parceria público-privada como alternativa para mitigar o problema de hold up em investimentos de infra-estrutura no setor ferroviário: estudo de caso. 2006. FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/317>. Acesso em 29 de maio de 2017.

⁴⁴ OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES** Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity Rebates. 2016. p. 2. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL/en/pdf). Acesso em 14 de maio de 2017.

⁴⁵ Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado pelo Cade em 22 de julho de 2009.

⁴⁶ MATTOS, César. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.001571/2001-44, em 11 de novembro de 2009, p. 72.

⁴⁷ OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES**: Note by Brazil. 2016. p. 5. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)2&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)2&doclanguage=en). Acesso em 13 de maio de 2017.

⁴⁸ Elaboração da própria autora, com base nas referências bibliográficas mencionadas nas notas de rodapé 38 a 40.

Geração de eficiências e de economia de escala e de escopo	Aumento artificial de custos de concorrentes
Prevenção de <i>hold up</i>	Restrição à liberdade de consumidores
Prevenção de efeito carona	Exclusão de concorrentes no mercado

Portanto, conforme demonstrado acima, os sistemas de desconto podem gerar tanto efeitos de fechamento de mercado e restrição da concorrência, como efeitos pró-competitivos. A partir do estudo de casos analisados pela Comissão Europeia e o Cade, busca-se compreender melhor quais são os aspectos dos programas de *rebates* levados em consideração pelas autoridades para se determinar a (i)legalidade dos descontos.

2. A ANÁLISE DA CONCESSÃO DE DESCONTOS (*REBATES*) PELA COMISSÃO EUROPEIA

Conforme destacado no Item 1.1.2 acima, a concessão de descontos por parte de empresas em posição dominante pode ser considerada abusiva nos termos do Artigo 102 do TFUE (que corresponde ao antigo Artigo 82 do TCE).

Para se averiguar quais os parâmetros utilizados pela Comissão Europeia na apreciação dessas condutas, serão estudados o Caso Intel⁴⁹, bem como o *paper* “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamento de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*”, elaborado pela Comissão Europeia.

A escolha por se estudar o Caso Intel se justifica pela riqueza das discussões que surgiram desde seu julgamento. Conforme será melhor detalhado abaixo, apesar de ter delimitado conceitos e aspectos relevantes para a análise da concessão de descontos por agentes em posição dominante, as conclusões do caso não foram isentas de críticas. Estas são importantes na medida em que incitam o debate acerca dos diversos pontos controversos do caso e são necessárias para se melhor compreender as possíveis reformas no atual entendimento das autoridades europeias em relação ao tema.

2.1 O Caso Intel

2.1.1 Breve síntese do caso

O Caso COMP/C-3 /37.990 (Caso Intel) foi iniciado a partir de uma representação formulada pela Advanced Micro Devices (AMD) perante a Comissão Europeia em 18 de outubro de 2000, contra a Intel Corp. (Intel), sob a alegação de que a Intel teria implementado uma estratégia visando à exclusão da AMD no mercado de microprocessadores CPU x86 (“CPUs x86”).

De acordo com a representação da AMD, a Intel teria incorrido em infração ao Artigo 82 do TCE, no período entre outubro de 2002 e dezembro de 2007. Posteriormente, apurou-se que as condutas reportadas pela AMD também teriam afetado outras fabricantes de equipamentos originais (OEMs) – tais como Dell Inc. (Dell), Hewlett Packard-Company (HP),

⁴⁹ Caso COMP/C-3 /37.990, julgado pela Comissão Europeia em 13 de maio de 2009.

ACER Inc. (ACER), NEC Corp. (NEC), Lenovo Group Ltd. (Lenovo) – e uma distribuidora europeia de aparelho microeletrônicos – Media-Saturn-Holding GmbH (MSH).

Em síntese, as condutas imputadas à Intel consistiriam em (i) concessão de descontos de exclusividade e de pagamentos à MSH e (ii) restrições não-dissimuladas (*naked restrictions*). Como o foco do presente trabalho reside na prática de descontos, somente a discussão suscitada acerca do tema será estudada.

Após quase nove anos de investigação, que incluiu diversas medidas, tais como inspeções em sedes da Intel na Europa e envio de solicitação de informações a OEMs, a Comissão Europeia proferiu decisão em 13 de maio de 2009. Na ocasião, apontou-se que a Intel teria concedido (i) descontos à Dell, Lenovo, HP e NEC, sob a condição de que tais empresas adquirissem a totalidade ou quase a totalidade dos CPUs x86 por ela fabricados; e (ii) pagamentos à MSH, desde que esta vendesse exclusivamente computadores equipados de CPUs x86 da Intel.

Com base nos elementos de prova dos autos, a Comissão Europeia concluiu que os descontos e os pagamentos concedidos pela Intel acabaram por garantir fidelidade das OEMs mencionadas acima e da MSH. Desse modo, a conduta da Intel teria restringido a capacidade de concorrentes da Intel de competirem no mercado de CPUs x86 e, portanto, limitado também a escolha dos consumidores de tais produtos. Nesse sentido, a Comissão Europeia impôs multa à Intel no montante de 1 bilhão e 60 milhões de euros⁵⁰.

Em face de tal decisão, em 22 de julho de 2009, a Intel interpôs recurso perante a Secretaria do Tribunal Geral da União Europeia (“Tribunal Geral”). Na ocasião, em 12 de junho de 2014, o Tribunal Geral decidiu por manter integralmente as razões de decidir da Comissão Europeia⁵¹.

Em 28 de agosto de 2014, a Intel interpôs novo recurso perante a Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça”), cuja análise ainda está pendente de julgamento. No entanto, em 20 de outubro de 2016, o Advogado-Geral do Tribunal de Justiça, Nils Wahl, apresentou seu parecer acerca do novo recurso interposto pela Intel⁵², no qual conclui pela

⁵⁰ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014.

⁵¹ Vale notar que, tendo em vista que o Tribunal Geral da União Europeia decidiu manter a decisão proferida pela Comissão Europeia e a ordem cronológica do caso, a análise deste trabalho será concentrada na decisão do Tribunal.

⁵² WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 P em 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.395.01.0025.01.POR. Acesso em 18 de maio de 2017.

nulidade da decisão proferida pelo Tribunal Geral. Em tal documento, Wahl critica diversas premissas e conclusões estabelecidas nas decisões do Caso Intel, que serão melhor abordadas no Item 2.3 abaixo.

2.1.2 Dos argumentos da Intel

Conforme indicado acima, o Tribunal Geral manteve integralmente a decisão proferida pela Comissão Europeia (as decisões são referenciadas, em conjunto, como “Julgamento do Caso Intel”). Nesse sentido, tendo em vista tal fato e a ordem cronológica do caso, o estudo será concentrado na análise conduzida pelo Tribunal Geral (“decisão do Tribunal Geral”).

No recurso interposto perante o Tribunal Geral, quanto ao mérito, a Intel defendeu, dentre outros argumentos⁵³, que a Comissão, em sua análise, deveria ter levado em consideração (i) as circunstâncias do caso e os efeitos concretos da conduta; (ii) a ausência de obrigação formal; (iii) a baixa amplitude da política de descontos; (iv) a curta duração dos contratos de fornecimento e a possibilidade de rescisão no prazo de 30 dias; (v) o fato de que as práticas teriam afetado apenas uma pequena parte do mercado de CPUs x86; (vi) a ausência de cobertura, pelas condições de exclusividade, de grande parte das necessidades de determinadas OEMs; e (vii) o poder de compra dos clientes.

Ademais, a Intel alegou que uma aplicação correta do teste do “concorrente tão eficiente quanto” (*as efficient competitor test* – doravante “teste AEC”), diferentemente da realizada pela Comissão, teria demonstrado que os descontos concedidos pela empresa não teriam capacidade de exclusão de concorrentes.

Tais argumentos, conforme será demonstrado abaixo, foram todos rejeitados pelo Tribunal Geral, que decidiu por negar provimento ao recurso interposto pela Intel.

2.1.3 Da análise do Caso Intel

Inicialmente, o Tribunal Geral teceu comentários a respeito do mercado envolvido na conduta sob investigação. Nesse contexto, o Tribunal concordou com a definição de mercado relevante apresentada pela Comissão Europeia, sob a ótica do produto – mercado de CPU x86 – e geográfica – mundial. Em relação à dimensão do produto, a Comissão considerou irrelevante

⁵³ Vale notar que foram incluídos no escopo de trabalho somente os argumentos suscitados pela Intel que se referem especificamente à sua política de descontos.

a sub-segmentação do mercado em CPUs x86 para computadores de escritório, computadores portáteis e servidores, tendo em vista que a Intel teria poder de mercado independentemente da divisão ou não do mercado relevante.

A definição do mercado relevante é etapa necessária para se verificar se a empresa em questão possui ou não posição dominante. No caso, com base na participação de mercado detida pela empresa durante todo o período investigado – cerca de 70% ou mais – e a existência de altas barreiras à entrada e expansão no mercado de CPUs x86, concluiu-se que a Intel teria posição dominante no setor em questão.

A partir dessas premissas, o Tribunal Geral passou à análise das condutas imputadas à Intel, quais sejam (i) a concessão de descontos às OEMs e os pagamentos à MSH e (ii) as restrições não-dissimuladas⁵⁴.

Em relação aos descontos, a decisão do Caso Intel identificou três categorias diferentes nos quais os *rebates* poderiam ser qualificados: (i) descontos de exclusividade; (ii) descontos de quantidade; e (iii) descontos indutores de fidelidade. Considerando as especificidades de cada classe de desconto, o tratamento legal dado a elas também é distinto.

De fato, o Tribunal Geral entendeu que *rebates* são presumidamente lícitos apenas quando se tratam de descontos de quantidade. Nestas situações, caso o aumento do montante oferecido possa diminuir custos para o fornecedor, tal redução poderia ser repassada a seus clientes, que também seriam beneficiados por meio de preços mais favoráveis. Assim, os descontos de quantidade poderiam acarretar ganhos de eficiência e de economias de escala⁵⁵.

No entanto, em relação à segunda categoria de *rebates* – os descontos de exclusividade –, o Tribunal Geral adotou o entendimento de que estes seriam, por sua própria natureza, presumidamente ilícitos⁵⁶, na medida em que, salvo em algumas ocasiões excepcionais, eles seriam essencialmente destinados ao fechamento de parte do mercado a concorrentes e, conseqüentemente, à restrição da liberdade de escolha de seus compradores. De acordo com o precedente, agentes com poder de mercado poderiam utilizar de tal estratégia para alavancar sua posição na parte contestável da demanda, por meio de sua posição na parte não-contestável⁵⁷.

⁵⁴ Conforme indicado anteriormente, as *naked restrictions* não constituem objeto de estudo do presente trabalho.

⁵⁵ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 13.

⁵⁶ Ibidem. p. 14.

⁵⁷ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 19. vol. 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

Em outras palavras, considerando a posição dominante detida pela empresa, presume-se que parcela da demanda é necessariamente abastecida com seus produtos, que consiste na parte não-contestável da demanda. Assim, a empresa poderia fazer uso de seu poder de mercado para reforçar sua presença também na parcela contestável da demanda, isto é, na porção do mercado em que concorre com empresas que fornecem produtos substitutos e, portanto, compradores possuem maior poder de escolha.

Ainda, no que tange à terceira categoria de descontos, o Tribunal Geral afirmou que sua legalidade ou ilegalidade não poderia ser presumida *a priori*, especialmente em razão da ausência de obrigação de exclusividade. Deste modo, os *loyalty-inducing rebates* demandariam uma análise detalhada dos critérios e regras que regem a concessão dos descontos, as circunstâncias em que são aplicados e a possível existência de efeitos pró-competitivos advindos da prática⁵⁸.

No que diz respeito especificamente à conduta investigada no Caso Intel, os descontos eram concedidos pela empresa sob a condição de que as OEMs adquirissem a totalidade ou grande parte de sua demanda por CPUs x86 da Intel. Portanto, os descontos oferecidos pela empresa foram qualificados como descontos de exclusividade/fidelidade e, conseqüentemente, a análise do caso parte da premissa de que a prática de *rebates* implementada pela Intel é, *a priori*, prejudicial à concorrência.

Dentre os principais pontos da análise do julgamento do Caso Intel, destacam-se: (i) a adoção de uma abordagem formalista (*form-based approach*) e, por conseguinte, a ausência de necessidade de análise das circunstâncias do caso; (ii) os critérios para caracterização da condição de exclusividade; (iii) a ausência de necessidade de realização de um teste AEC; e (iv) a ausência de necessidade de patamar mínimo de mercado afetado pela prática.

2.1.3.1 A adoção do form-based approach e ausência de necessidade da análise das circunstâncias do caso

No recurso interposto pela Intel perante o Tribunal Geral, a empresa defendeu que as autoridades europeias deveriam ter analisado as circunstâncias em que os descontos foram concedidos, bem como os efeitos concretos da prática. Entretanto, considerando que *rebates*

⁵⁸ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 13.

oferecidos pela empresa se enquadram na segunda categoria – e não na terceira – e com base na jurisprudência do Caso Hoffmann-La Roche⁵⁹, o Tribunal Geral refutou ambos os argumentos suscitados pela Intel.

De acordo com o Tribunal Geral, conforme precedente do Caso *Hoffmann-La Roche*⁶⁰, entende-se que descontos de exclusividade/fidelidade concedidos por empresas dominantes constituem infração concorrencial ante a ausência de fundamento objetivo para sua concessão.

Portanto, o Tribunal Geral adotou entendimento no sentido que os descontos de exclusividade – tais como os oferecidos pela Intel – devem ser analisados sob uma perspectiva formalista (*form-based approach*), sendo desnecessárias, portanto, (i) a demonstração da capacidade de restrição à concorrência por meio das circunstâncias do caso e (ii) a comprovação dos efeitos concretos da prática.

Segundo Ricardo Botelho, o *form-based approach* envolve a presunção legal de que determinada conduta, por pertencer a uma categoria pré-definida, é, por sua própria natureza, “prejudicial à concorrência”, independentemente de qualquer análise quantitativa do caso ou de seus efeitos⁶¹. No entanto, a adoção de tal abordagem não determina a ilicitude da conduta, na medida em que o agente em questão sempre terá a oportunidade de demonstrar a existência de eficiências que são capazes de justificar a prática. Nesse sentido, a autoridade não se eximiria de analisar os efeitos benéficos da conduta, mas haveria uma espécie de inversão do ônus da prova, na qual incumbiria à empresa em posição dominante apresentar justificativas para sua prática⁶².

Similarmente, Eirik Østerud entende que, de acordo com o *form-based approach*, para se verificar a ilicitude da conduta, é necessário somente estabelecer se uma prática se enquadra em determinado tipo, de modo que a análise jurídica é focada nas características formais da prática em questão. Nesse sentido, se uma conduta preenche os critérios do teste, ela é automaticamente considerada abusiva, ao menos que o agente em posição dominante comprove que a prática é justificável objetivamente⁶³.

⁵⁹ Processo 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Comissão.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel, p. 37. São Paulo: Editora Singular, 2016.

⁶² Ibidem, p. 42.

⁶³ ØSTERUD, Eirik. Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests. p. 57. In: **International Competition Law Series**. Holanda: Editora Wolters Kluwer Law Business.

Portanto, considerando tal presunção relativa de ilicitude⁶⁴, no entendimento de Botelho, o *form-based approach* adotado no Caso Intel para descontos de exclusividade se assimilaria com os ilícitos “por objeto” de acordo com o Artigo 101 do TFUE⁶⁵, mais especificamente aos “acordos que, por sua própria natureza, são capazes de restringir a concorrência”⁶⁶. Nessa mesma linha, Eirik Østerud entende que as proibições baseadas na forma, nos termos do Artigo 102 TFUE, podem ser comparadas aos ilícitos por objeto nos termos do Artigo 101 do TFUE, na medida em que dispensa uma análise se a prática restringe a concorrência de acordo com as circunstâncias específicas do caso. Porém, muito embora essas condutas possam ser consideradas abusivas sem o estabelecimento de efeitos anticompetitivos, uma justificativa econômica objetiva poderia afastar a ilegalidade da prática⁶⁷.

De fato, nos termos da decisão do Tribunal, por sua própria natureza, a conduta possuiria capacidade de restringir o acesso de concorrentes ao mercado e limitar a escolha dos consumidores, na medida em que os clientes seriam recompensados com os descontos para não adquirir seus produtos de concorrentes.

⁶⁴ Para maiores informações, vide o Item 1.1.1 acima.

⁶⁵ Artigo 101.o (ex-artigo 81.o TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

⁶⁶ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel, p. 42. São Paulo: Editora Singular, 2016.

⁶⁷ ØSTERUD, Eirik. Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests. p. 59-60. In: **International Competition Law Series**. Holanda: Editora Wolters Kluwer Law Business.

De acordo com Ricardo Botelho, a noção do caráter inerentemente anticoncorrencial dos descontos de exclusividade, no Caso Intel, decorreria dos seguintes fatores: (i) a distorção da concorrência do mercado causada pela presença de um agente em posição dominante; (ii) a responsabilidade que tal agente possui de não distorcer ainda mais a concorrência; (iii) os sistemas de desconto de exclusividade oferecidos por empresas dominantes são capazes, por sua própria natureza, de causar distorção adicional na concorrência; e (iv) quando concedidos por um parceiro comercial inevitável, os descontos também tornam mais onerosa a oferta de condições favoráveis por concorrentes⁶⁸.

Com efeito, a decisão do Tribunal Geral ressaltou que as restrições à concorrência decorrentes da conduta da empresa dominante seriam agravadas por se tratar de um mercado altamente concentrado, em que a competição já seria limitada. De acordo com o Tribunal, com a presença de empresa com posição dominante, qualquer alteração – mesmo que pequena – seria capaz de causar distorções no nível de competição no referido mercado e, portanto, agentes em posição dominante teriam a responsabilidade de não restringir ainda mais a concorrência sem uma justificativa objetiva⁶⁹.

Além disso, da presença detida pela Intel e das condições do mercado de CPUs x86 também decorre a constatação de que, em relação à parte da demanda, não existiriam produtos perfeitamente substitutos àqueles fornecidos pela empresa, sendo esta, na denominação da Comissão, um “parceiro comercial incontornável”. Assim, no mercado em questão, uma porção da demanda teria de ser necessariamente atendida pela Intel (parte não-contestável), de modo os demais concorrentes só poderiam competir de forma efetiva no restante da demanda, o qual excede a porção não-contestável (parte contestável). Contudo, com a política de concessão de descontos, a Intel poderia alavancar sua presença na parte contestável do mercado, isto é, na porção em que ela concorreria com as demais fornecedoras de CPUs x86.

Nessa mesma linha, Ricardo Botelho, ao analisar o caso em questão, aponta que a concessão de descontos de exclusividade torna o acesso ao mercado mais difícil. No entendimento do autor, para competir efetivamente com a empresa dominante, os concorrentes teriam que oferecer vantagens aos consumidores capazes de compensá-los por aquilo que eles

⁶⁸ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel, p. 32-44. São Paulo: Editora Singular, 2016..

⁶⁹ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 15.

deixaram de ganhar com os descontos⁷⁰. Assim, tais empresas teriam que incorrer em custos adicionais – muitas vezes demasiadamente elevados – para oferecer condições ainda melhores do que a empresa com posição dominante e compensar seus clientes pela perda do desconto.

De qualquer forma, por se tratar de uma análise sob uma perspectiva formalista (*form-based analysis*), o Tribunal ressaltou que a Intel poderia apresentar argumentos objetivos para justificar a implementação dos descontos ou para fundamentar possíveis ganhos de eficiência que poderiam prevalecer sobre os efeitos negativos da prática. Contudo, de acordo com a decisão, a Intel não apresentou tais justificativas.

Em relação ao segundo argumento da Intel, o Tribunal assentou ser desnecessário analisar os efeitos concretos da conduta praticada pela empresa. De acordo com a decisão, mesmo nos casos em que são analisadas as circunstâncias da concessão de descontos (terceira categoria de descontos), basta comprovar que ela possui capacidade de restringir a concorrência, sendo dispensável a demonstração de efeitos concretos da prática no mercado⁷¹.

Nesse contexto, considerando que a política de descontos da Intel, como agente com posição dominante, se enquadra na segunda categoria, presume-se que a conduta é capaz de limitar a concorrência ao dificultar o acesso do mercado a concorrentes e restringir o poder de escolha dos clientes e, portanto, uma análise dos efeitos concretos é desnecessária.

2.1.3.1 Dos critérios para a caracterização da condição de exclusividade

De acordo com a Intel, em relação à HP, a concessão de descontos não implicaria em obrigação de exclusividade. Isso porque, apesar da condição de exclusividade atingir 95% da demanda da HP por CPUs x86 para computadores de escritório destinados a empresas, essa demanda representaria apenas 30% necessidade total da HP por CPUs x86. Portanto, a Intel defende que, na verdade, não haveria condição de exclusividade, pois os descontos afetariam apenas 28% da demanda total da HP por CPUs x86.

Similarmente, a Intel defende também que a condição de exclusividade atingiria apenas 80% da demanda da NEC por CPUs x86 destinados a PC “clientes” e, no caso da Lenovo, a

⁷⁰ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel, p. 35. São Paulo: Editora Singular, 2016.

⁷¹ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – Intel Corporation Inc. v. European Commission, julgado em 12 de junho de 2014. p. 28.

exclusividade abrangeria somente a necessidade da empresa por CPUs x86 destinados a computadores portáteis.

Em síntese, a Intel alega que, ao contrário do que foi consignado pela Comissão Europeia, os descontos concedidos pela empresa a HP, Lenovo e NEC não seriam de exclusividade, pois a suposta condição de exclusividade não teria atingido toda ou parte considerável da demanda das empresas por CPUs x86. Entretanto, o Tribunal refutou a argumentação feita pela Intel.

Em relação à HP, o Tribunal entendeu que a natureza de exclusividade dos descontos concedidos pela Intel não se descaracterizaria pelo fato da condição de quase exclusividade atingir apenas parte da demanda da empresa⁷².

A decisão afirmou que não se trata de analisar a questão sob a perspectiva da condição na qual a empresa deve adquirir 28% de sua demanda total por CPUs x86 da Intel, mas da condição em que a HP deve adquirir 95% da sua necessidade em determinado segmento de CPUs x86. Além disso, a decisão destacou não ser comparável um cenário em que uma empresa abasteça 95% de sua demanda em determinado setor a uma condição hipotética na qual ela adquire 28% de sua necessidade em todos os segmentos.

Segundo o Tribunal, a concessão de desconto de exclusividade em determinado setor não deixa de ser anticoncorrencial pelo fato de que os demais concorrentes podem competir livremente em outros segmentos ou fornecer seus produtos para outros clientes. Assim, a Intel não poderia justificar a sua política de descontos na constatação de que a concorrência não teria sido afetada nos setores de CPUs x86 para computadores portáteis e computadores destinados a particulares⁷³.

Ademais, o Tribunal assinalou que, apesar da HP adquirir 5% de sua demanda da AMD, caso a empresa decidisse mudar de fornecedor, ela perderia todo o desconto de exclusividade concedido pela Intel, e não apenas em relação às unidades compradas da AMD. Segundo a decisão, esse seria exatamente o mecanismo anticompetitivo dos descontos de exclusividade, na medida em que, para concorrer efetivamente com a Intel, a AMD teria que (i) fornecer melhores condições na parte contestável da demanda (no que tange os 5% da demanda) e (ii) compensar a HP pela perda do desconto ora concedido pela Intel.

⁷² TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 21-22.

⁷³ *Ibidem*.

Com respeito aos descontos concedidos à NEC, o Tribunal ressaltou que a percentagem de 80% é suficiente para configurar como “parte considerável” da demanda. Por fim, no que tange à Lenovo, a decisão enfatizou o entendimento acima, no sentido de que o fato da condição exclusividade atingir apenas um segmento da demanda não afasta o caráter anticoncorrencial da conduta.

2.1.3.1 Da ausência de necessidade de realização do teste AEC

A Comissão Europeia, quando da apreciação da representação formulada pela AMD, realizou um teste do “concorrente tão eficiente quanto”, ou, em inglês, do *as-efficient competitor* (teste AEC). De forma simplificada, tal teste consiste num exercício hipotético em que se analisa se um concorrente tão eficiente quanto o agente com posição dominante em questão (no caso, a Intel) teria condições de competir com ele⁷⁴, sem que tenha de oferecer seus produtos a preços inferiores a seu custo de produção.

Em tal análise, devem ser apurados e calculados, na medida do possível, os seguintes parâmetros: (i) as condições em que são concedidos os descontos pela empresa em posição dominante; (ii) a porção contestável da demanda (isto é, qual porção da demanda de um cliente pode ser de fato transferida para um outro fornecedor); (iii) o período de referência (um período de tempo adequado, de no máximo um ano⁷⁵); e (iv) os custos viáveis para o concorrente (para ser viável, a longo prazo, uma empresa deve ser capaz de cobrir pelo menos o total do custo de produção).

No caso em questão, a Comissão buscou analisar se a concorrente da Intel – no caso, a AMD – seria mais eficiente do que ela, situação na qual os descontos concedidos poderiam acarretar fechamento de mercado; ou caso contrário, se a AMD fosse menos eficiente do que a Intel e, de qualquer forma, a empresa não lograria êxito no mercado. Para tanto, verificou-se o preço a que a AMD teria que vender seus produtos para compensar seus clientes pela perda do desconto oferecido pela Intel. Caso tal preço fosse inferior a seus custos, concluir-se-ia que os descontos podem restringir a concorrência.

No fim, após uma extensa análise, a Comissão entendeu que, para poder compensar pelos descontos oferecidos pela Intel, um concorrente tão eficiente quanto a empresa teria que

⁷⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Decisão proferida no Caso COMP/C-3 /37.990 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado pela Comissão Europeia em 13 de maio de 2009. p. 301-302.

⁷⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Resumo da Decisão da Comissão de 13 de maio de 2009. Parágrafo 30.

oferecer CPUs x86 a preços inferiores a seus custos. Portanto, concluiu-se que a concessão de descontos pela Intel seria capaz de gerar efeitos anticompetitivos no mercado em questão.

No recurso interposto perante o Tribunal Geral, a Intel alegou que (i) o teste AEC consistiu no único elemento de prova apresentado pela Comissão Europeia, porém, ao mesmo tempo, a Comissão contestou que o referido teste fizesse parte da análise jurídica de sua decisão, de forma que não seria possível obter um resultado conclusivo a respeito da capacidade de restrição à concorrência dos descontos em questão; (ii) a Comissão teria aplicado o teste de forma equivocada, de modo que uma aplicação correta teria levado à conclusão de que os descontos concedidos pela Intel não teria condão exclusionário⁷⁶.

Entretanto, o Tribunal Geral rejeitou os argumentos suscitados pela Intel, tendo em vista que, para a autoridade europeia, apesar de ter conduzido um teste AEC, seu o resultado não seria conclusivo para se verificar ou afastar a ilicitude da prática de descontos em questão.

Em primeiro lugar, o Tribunal ressaltou que, mesmo numa análise de descontos da terceira categoria, que requer um exame das circunstâncias do caso, a realização de um teste AEC é dispensável. Portanto, como os descontos investigados se enquadram na segunda categoria (descontos de exclusividade), que sequer requer uma verificação das circunstâncias do caso, a aplicação de um teste AEC também é desnecessária.

Além disso, a decisão do Tribunal invocou precedente do Caso *Tomra*⁷⁷ para indicar que, para se verificar a ilicitude de concessão de descontos de exclusividade, não é necessário que o concorrente tão eficiente quanto a empresa em questão tenha que oferecer seus produtos abaixo do custo, sendo suficiente a demonstração de um mecanismo de fidelização⁷⁸.

Com efeito, de acordo com o Tribunal, um resultado negativo no teste AEC demonstraria que um concorrente teria que cobrar “preços negativos” por seus produtos para poder compensar pelos descontos oferecidos. Contudo, um resultado positivo implicaria tão somente que o concorrente igualmente eficiente teria capacidade de cobrir seus custos, porém não excluiria a possibilidade de fechamento de mercado advindo da prática de descontos. Nesse contexto, o Tribunal ressalta que o efeito exclusionário não é verificado somente quando o acesso ao mercado se torna impossível, sendo suficiente que tal acesso seja dificultado⁷⁹.

⁷⁶ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p 23.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem. p. 24.

⁷⁹ Ibidem.

Ademais, como destacado por Ricardo Botelho, quando a conduta envolve descontos de exclusividade, a ilicitude advém da condição de exclusividade em si, e não do nível de descontos concedidos⁸⁰. Nesse mesmo sentido, a decisão do Tribunal Geral ressalta que o tratamento legal dos descontos de fidelidade se difere das práticas de preço na medida em que, ao contrário das condutas de exclusividade, um preço não pode ser considerado ilícito em si⁸¹.

O Tribunal Geral concluiu que o teste AEC permite verificar somente a situação na qual o acesso do mercado se torna impossível, mas não é suficiente para atestar que tal acesso foi dificultado em razão da prática em questão. Portanto, o Tribunal enfatizou que não seria necessário analisar se a Comissão Europeia teria aplicado o teste da forma correta, de modo que a realização do teste AEC foi apenas exaustiva, sendo dispensável, na medida em que mesmo um resultado positivo não seria suficiente para afastar a potencialidade exclusionária da concessão de descontos pela Intel.

2.1.3.1 Da ausência de necessidade de patamar mínimo de mercado afetado pela prática

No entendimento da Intel, a decisão proferida pela Comissão Europeia não teria levado em conta que apenas uma parte muito pequena do mercado – entre 0,3 e 2% ao ano – teria sido impactada pela política de descontos da empresa.

Novamente, o Tribunal Geral rejeitou o argumento da Intel. Em primeiro lugar, a decisão indicou que o método de cálculo utilizado pela Intel para se chegar a tal porcentagem teria sido errôneo.

Em segundo lugar, o Tribunal indicou não ser necessário estabelecer um patamar mínimo para configurar o ilícito, sobretudo por se tratar de um mercado altamente concentrado. De acordo com a decisão, com a presença de um agente com posição dominante, a estrutura do mercado já estaria enfraquecida, de modo que qualquer restrição adicional à concorrência – por menor que seja – seria suficiente para que a conduta da empresa em questão seja considerada abusiva. Ademais, a autoridade fundamentou sua conclusão na jurisprudência europeia que, ao contrário do alegado pela Intel, corroboraria para a ausência de um *minimus* para configuração do abuso.

⁸⁰ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court's judgment in Intel, p. 56. São Paulo: Editora Singular, 2016.

⁸¹ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 25.

Em terceiro lugar, o Tribunal Geral ressaltou que os concorrentes deveriam poder competir por todo o mercado (e não somente parte dele), bem como os consumidores teriam o direito de desfrutar do mais elevado grau de concorrência possível. Assim, não seria permitido a uma empresa com posição dominante que restrinja ainda mais a livre competição num mercado cuja concorrência já é distorcida⁸².

2.1.3.2 *Outras questões discutidas*

Outras questões que também foram examinadas no julgamento do Caso Intel se referem à (i) ausência de necessidade de obrigação formal; (ii) irrelevância do nível de descontos; (iii) irrelevância da duração dos contratos de fornecimento; e (iv) irrelevância do poder de barganha dos consumidores.

Em relação ao item (i), de acordo com a Intel, os descontos concedidos não decorriam de obrigações formais de exclusividade estabelecidas com seus clientes. Contudo, o Tribunal entendeu que o caráter ilícito dos descontos de exclusividade não resulta necessariamente de uma obrigação formal de exclusividade. Ao contrário, como no caso, a exclusividade pode advir dos benefícios financeiros e vantagens obtidas com a concessão do desconto⁸³.

A respeito do item (ii), a Intel defendeu que a Comissão não teria levado em consideração o montante do desconto concedido, de forma que seria irracional punir uma empresa por descontos irrisórios (por exemplo, de 1 dólar), que poderiam ser cobertos com facilidade por concorrentes.

Contudo, o Tribunal assinalou que o foco da questão não seria o nível de descontos ou em seu montante, mas a obrigação de exclusividade ou quase exclusividade deles decorrente, o que independeria da capacidade ou não de competidores de oferecerem compensação por esses descontos. Ademais, a decisão também ressaltou que os descontos concedidos pela Intel não foram reduzidos, atingindo o patamar de milhões por ano⁸⁴.

No que tange ao item (iii), de acordo com a Intel, a Comissão Europeia deveria ter levado em consideração o fato de que a vigência dos contratos de fornecimento era geralmente curta e que eles previam a possibilidade de rescisão mediante aviso prévio de 30 dias.

⁸² TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – Intel Corporation Inc. v. European Commission, julgado em 12 de junho de 2014. p. 19-20.

⁸³ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – Intel Corporation Inc. v. European Commission, julgado em 12 de junho de 2014. p.18.

⁸⁴ Ibidem.p.18-19.

No entanto, o Tribunal Geral rejeitou a alegação da empresa, na medida em que (a) o direito de rescisão de um contrato não impediria a execução efetiva do mesmo e, portanto, subsistiria a possibilidade de concessão dos descontos; e (b) não importaria a duração do contrato, mas o período concessão de descontos, o qual não foi curto (cerca de um ano para a Lenovo e até cinco para a MSH).

Por fim, quanto ao item (iv), segundo a Intel, um eventual abuso por parte da empresa seria excluído pelo poder de compra de seus clientes, tendo em vista que, no caso, estes teriam utilizado seu poder para obter descontos mais elevados. Contudo, o Tribunal Geral rejeitou tal argumento, pois (a) mesmo que os descontos tivessem sido concedidos por exigência dos clientes, isso não justificaria a condição de exclusividade; e (b) o poder de barganha dos clientes não exclui a dependência destes de um parceiro comercial incontornável, como a Intel.

2.2 Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82

Em 24 de fevereiro de 2009, a Comissão Europeia publicou a “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamento de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*” (“Guia da Comissão Europeia”). Tal documento teria o objetivo de esclarecer e conferir mais previsibilidade à análise da Comissão em processos relativos a práticas de exclusão conduzidas por agentes com posição dominante⁸⁵.

Dentre as formas específicas de abuso exploradas no documento, a Comissão incluiu os descontos concedidos por empresas em posição dominante na subseção “*Acordos exclusivos*”.

2.2.1 Conceito dos descontos condicionais estabelecido pelo Guia da Comissão Europeia

Em primeiro lugar, o Guia da Comissão Europeia definiu o que seriam “*descontos condicionais*”. De acordo com o documento, estes seriam “*descontos concedidos a clientes para recompensar por um comportamento de compra específico*”⁸⁶. Mais especificamente, tratam-se de descontos dados a clientes que adquirem, durante um período previamente estabelecido,

⁸⁵ Vale destacar que o Guia da Comissão Europeia reconhece que não constitui doutrina jurídica e não é vinculante na análise das autoridades europeias em matéria antitruste.

⁸⁶ TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014. p. 13.

uma quantia que ultrapasse um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre todas as compras (retroativos) ou apenas às compras acima do limiar (progressivos)⁸⁷.

Além disso, o Guia também anota que o limiar mencionado acima pode ser normalizado, quando é o mesmo para todos os clientes ou um mesmo grupo de clientes, ou personalizado, quando o limiar é individualizado para cada cliente.

Nesse contexto, o Guia da Comissão Europeia buscou afastar a categorização anterior dos descontos em três classes diferentes, cada uma com tratamento legal distinto. Já no documento, com o estabelecimento de apenas uma qualificação de descontos, mais geral, a análise jurídica também é única.

Com efeito, o Guia indica que os descontos condicionais podem gerar efeitos de fechamento do mercado e restrição à concorrência, ainda mais quando os concorrentes não possuem condições de competir, de forma equânime, com a empresa em posição dominante que concede os descontos. No entanto, o documento ressalta que nem sempre tais efeitos exigem sacrifícios por parte da empresa em posição dominante; portanto, a análise dos descontos condicionais diverge das práticas de preços predatórios⁸⁸.

2.2.2 Análise dos descontos de acordo com o Guia da Comissão Europeia

De acordo com o Guia da Comissão Europeia, para se apreciar a (i)legalidade dos descontos, deve-se averiguar se estes possuem capacidade de impedir a expansão ou a entrada de concorrentes tão eficientes quanto a empresa em posição dominante que os concede.

Em tal cálculo, o documento indica que a Comissão deve estimar o “preço real”, com base na “porção relevante”. Em síntese, o *preço real* se refere ao preço que um concorrente teria que oferecer para compensar os descontos oferecidos pela empresa dominante caso um cliente decida transferir parte de sua demanda a ele. Tal parte da demanda, por sua vez, consiste na *porção relevante*.

⁸⁷ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017. p. 13.

⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017. p. 13.

Em síntese, segundo Damien Geradin, a metodologia proposta pelo Guia da Comissão Europeia consiste na atribuição do desconto total concedido pela empresa em posição dominante à parte contestável da demanda do cliente para, posteriormente, calcular se o preço real, em tal parte, é superior ou inferior aos custos da empresa dominante⁸⁹.

Segundo o Guia, o cálculo da porção relevante se distingue quando se trata de descontos progressivos e regressivos. No caso dos descontos progressivos, a porção relevante geralmente corresponde à quantia das compras acima do limiar (compras incrementais), enquanto que, para os descontos regressivos, deve-se analisar o contexto do mercado para estimar qual parte da demanda de um cliente pode ser realisticamente transferida para um concorrente (isto é, a parte contestável da demanda). Neste cenário, quanto maior a porção relevante, mais fácil é, a princípio, a troca para um fornecedor alternativo⁹⁰.

Em relação ao preço real, quanto menor for este em relação ao preço médio do agente em posição dominante, maior é a probabilidade do efeito de fidelização. Isso porque um preço real baixo implica ser mais difícil para um concorrente igualmente eficiente competir de fato com a empresa dominante, de forma que os clientes não terão outras alternativas tão favoráveis quanto as oferecidas pelo agente em posição dominante.

Ademais, o Guia também conclui que a probabilidade de restrição à concorrência é maior se o preço real for inferior ao custo evitável médio (CEM)⁹¹. De acordo com Geradin e Pereira Neto, quando o preço não é suficiente para cobrir os custos médios evitáveis decorrentes da produção de determinado produto (preço real < CEM), isso significa que a empresa em posição dominante estaria sacrificando seu lucro, por um determinado período de tempo, para eliminar concorrentes igualmente eficientes, que não teriam condições de competir efetivamente sem incorrer em perdas⁹².

⁸⁹ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 9. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

⁹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017. p. 14.

⁹¹ O custo evitável médio consiste na média dos custos que poderiam ter sido evitados se a empresa não tivesse produzido uma unidade adicional. COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017 p. 11.

⁹² GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p.

O mesmo se aplica caso o preço real seja inferior ao custo marginal médio a longo prazo (CMMLP)⁹³, tendo em vista que, neste cenário, o agente dominante não estaria recuperando os custos fixos necessários para produzir determinado bem e, portanto, dificultando, senão obstando, o acesso de um concorrente tão eficiente quando o agente naquele mercado⁹⁴.

Por outro lado, se o preço real estiver entre o CEM e o CMMLP⁹⁵, a Comissão deve analisar outros fatores, como, por exemplo, se uma empresa concorrente possui uma “contra-estratégia” para fazer frente à concessão de descontos.

De qualquer forma, o Guia destaca que a análise da concessão de descontos condicionais também leva em conta outros indícios quantitativos ou qualitativos. Um dos aspectos relevantes para o exame da prática se refere às características dos descontos, como por exemplo, se são progressivos ou regressivos, ou se o limiar é individualizado ou normalizado.

Geralmente, na visão do Guia, os descontos regressivos possuem maior potencialidade de fechamento de mercado, na medida em que a troca de fornecedor se torna menos atraente para os clientes. Isso porque, considerando que, ultrapassado o limiar, o desconto recai sobre toda a quantidade adquirida, os clientes são desestimulados a mudar para um concorrente. Ademais, muito embora o efeito de fechamento tenha mais peso sobre a última unidade adquirida antes de atingir o patamar, a Comissão nota que deve se analisar o efeito exclusionário como um todo, em relação aos concorrentes. Assim, quanto maior o desconto e o patamar mínimo exigido para a concessão de desconto, maior a probabilidade de exclusão.

No que tange o limiar individualizado/ normalizado, a Comissão destaca que o limiar personalizado possui maior probabilidade de exclusão, tendo em vista que a empresa em posição dominante pode definir o limiar num nível para reforçar o efeito de fidelização. Por sua

12-13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017. p. 27.

⁹³ O custo marginal médio a longo prazo consiste na média de todos os custos (fixos e variáveis) para produzir determinado bem. COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017 p. 11.

⁹⁴ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 12-13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017. p. 27.

⁹⁵ O custo marginal médio a longo prazo consiste na média de todos os custos (fixos e variáveis) para produzir determinado bem. COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017 p. 11.

vez, os limiares normalizados, por serem os mesmos para todos os clientes ou grupo de clientes, que geralmente possuem portes e necessidades diferentes, nem sempre poderão induzir à fidelidade, podendo ser demasiadamente baixos para clientes grandes e/ou elevados para clientes menores.

Por fim, o Guia ressalta que devem ser analisados possíveis ganhos de eficiência, que podem ser transferidos aos consumidores. Nesse contexto, segundo o Guia, a empresa em posição dominante deve demonstrar que: (i) os ganhos de eficiência resultam, ou é provável que resultem, da conduta; (ii) o comportamento é indispensável para a consecução dos ganhos de eficiência; (iii) os ganhos de eficiência prevalecem sobre o eventual efeito negativo da conduta; e (v) a prática não exclui a concorrência efetiva, removendo todas ou a maior parte das fontes de concorrência efetiva ou potencial⁹⁶.

2.3 Críticas ao julgamento do Caso Intel

No entendimento de Geradin, com a publicação do Guia da Comissão Europeia e a jurisprudência mais recente envolvendo a aplicação do Artigo 82 do TCE (atual Artigo 102 do TCEU), havia se criado a expectativa de que o Tribunal Geral, quando da apreciação do recurso interposto pela Intel, adotasse uma análise mais voltada para a regra da razão e, conseqüentemente, examinasse as circunstâncias do caso. No entanto, como demonstrado acima, o Tribunal acabou por manter a decisão da Comissão Europeia e, portanto, a presunção de ilegalidade da política de descontos de exclusividade também foi mantida⁹⁷.

Tal abordagem, bem como as conclusões dela decorrentes, foram objeto de muitas críticas, sobretudo por se tratar de uma postura excessivamente formalista⁹⁸.

Além disso, em 20 de outubro de 2016, o Advogado-Geral do Tribunal de Justiça, Nils Wahl, apresentou seu parecer no âmbito do Caso Intel⁹⁹ (“Parecer do Caso Intel”). No documento, Wahl tece diversas críticas ao posicionamento da Comissão Europeia e do Tribunal

⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017 p. 12.

⁹⁷ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 21. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

Geral, e em razão dessas considerações, conclui pela nulidade da decisão proferida pelo Tribunal Geral.

Em síntese, as principais críticas feitas em relação à decisão se referem à (i) adoção de uma *form-based analysis*; (ii) categorização dos descontos em três classes diferentes, com tratamento legal distinto; (iii) controvérsia acerca do método de análise; (iv) controvérsia acerca da capacidade/ probabilidade de prejuízo; (iv) dispensabilidade de nível mínimo de fechamento de mercado e ampliação da noção de exclusividade; e (v) controvérsia acerca da pertinência do teste AEC.

2.3.1 Da adoção do *form-based analysis* e da ausência de análise das circunstâncias do caso

Conforme delimitado acima, o Tribunal Geral, no Caso Intel, analisou a conduta da empresa sob uma abordagem formalista (*form-based approach*). Nesse contexto, o exame da prática partiu da premissa de que os descontos concedidos pela Intel se enquadravam na segunda categoria – descontos de exclusividade – e, dessa forma, presumiu-se que a conduta, por sua própria natureza, poderia acarretar fechamento de mercado a concorrentes e restringir a liberdade de escolha de consumidores.

Em decorrência de tal presunção, tem-se que a análise de uma conduta sob uma perspectiva formalista é vista como uma regra de ilegalidade quase *per se*¹⁰⁰.

De acordo com Geradin¹⁰¹, muito embora a concessão de descontos possa representar uma estratégia de um agente em posição dominante para excluir rivais do mercado, não se pode considerar que a prática é, por si só, anticoncorrencial. Para o autor, a regra da ilegalidade por objeto é justificável para certas condutas, como práticas de cartel; no entanto, tal abordagem não é adequada para se analisar condutas que podem ser pró-competitivas, tais como os *rebates*, não havendo razão para considerá-los intrinsecamente anticompetitivos.

Nesse sentido, Geradin defende que a conduta deve ser analisada sob a regra da razão, levando-se em consideração as características, objetivos e o contexto jurídico e econômico da concessão dos descontos¹⁰².

¹⁰⁰ Para mais informações acerca da regra de ilegalidade *per se*, vide Item 1.1.1. acima.

¹⁰¹ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 21-22. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

¹⁰² Ibidem. p. 26

Além disso, no Parecer do Caso Intel, o Advogado-Geral entendeu que, mesmo nos precedentes relativos a práticas presumidamente ilícitas invocados pela Comissão e pelo Tribunal Geral para sustentar sua fundamentação, o contexto jurídico e econômico da conduta não foi ignorado. Com efeito, o Advogado-Geral destacou que, no caso Hoffmann-La Roche, por exemplo, a conclusão pela presunção de ilegalidade dos descontos em questão foi precedida por uma apreciação das circunstâncias em que foram oferecidos tais descontos. Nesse contexto, o Advogado-Geral afirma que o julgamento do Caso Intel consiste numa das raras ocasiões em que se adotou a decisão do Caso Hoffmann-La Roche sem qualquer apreciação prévia das circunstâncias do caso¹⁰³.

Portanto, o Advogado-Geral conclui que uma análise das circunstâncias do caso é necessária para se determinar se os descontos em questão são suficientes para configurar violação ao Artigo 102 TFUE¹⁰⁴.

Por outro lado, Botelho rejeita que, sob uma perspectiva jurídica, uma abordagem formalista seja inadequada para se analisar descontos de exclusividade. Segundo o autor, o *form-based analysis* não determina, por si só, a ilegalidade da conduta, porquanto a empresa em questão ainda possui a oportunidade de apresentar uma justificativa objetiva para a adoção da prática ou que dela derivam ganhos de eficiência. No caso, haveria apenas uma espécie de inversão do ônus de comprovar os efeitos positivos ou fundamentos objetivos da prática à empresa investigada¹⁰⁵.

Além disso, o autor também pontua que, de acordo com a decisão do Caso Intel, o fundamento para a proibição da implementação injustificada de descontos de exclusividade se assenta nos efeitos que a prática gera em relação ao poder de escolha de consumidores e na capacidade de rivais de competição num contexto de mercado onde a concorrência já é distorcida. Portanto, em última instância, o julgamento do Caso Intel é, deste modo, baseado em efeitos¹⁰⁶.

Eirik Østerud também defende o *form-based approach*, considerando que tal abordagem poderia evitar incertezas e custos resultantes de uma análise mais detalhada acerca dos efeitos

¹⁰³ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 66-78. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court's judgment in Intel, p. 42. São Paulo: Editora Singular, 2016.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 50.

de fechamento de mercado ou restrição do poder de escolha de consumidores. O fundamento por trás dessa abordagem seria que algumas práticas, por envolverem um risco alto de efeitos prejudiciais à concorrência, podem ser penalizadas sem um exame detido das circunstâncias do caso. Por outro lado, o autor também nota que essa abordagem também traz desvantagens, na medida em que pode levar a uma “super-aplicação” da legislação antitruste e condenar condutas que podem ter efeitos pró-competitivos¹⁰⁷.

2.3.2 Da categorização dos descontos

Outro ponto criticado em relação à decisão do Caso Intel se refere à categorização dos *rebates* em três classes distintas, cada um com tratamento legal diverso.

O Advogado-Geral, em seu Parecer, destaca que a jurisprudência não identifica três, mas apenas duas categorias de desconto: descontos de quantidade e descontos de fidelidade. Estes, muito embora sejam considerados presumidamente ilícitos, exigem uma apreciação do contexto jurídico e econômico em que são concedidos. Por sua vez, no Caso Intel, criou-se um subtipo de desconto de fidelidade – o desconto de exclusividade –, cuja análise não requer um exame de todas as circunstâncias para se determinar sua ilegalidade¹⁰⁸.

Assim, para Wahl, a decisão do Caso Intel cria uma “supercategoria” de desconto, cujo tratamento seria mais rigoroso do que o de descontos de fidelidade. Tal abordagem, para o Advogado-Geral, é questionável.

Em primeiro lugar, o Advogado-Geral defende que, ao partir da premissa de que os descontos de exclusividade constituem uma classe à parte do desconto de fidelidade, com base na sua forma, e não nos seus efeitos, a presunção de ilegalidade da conduta passa a não poder ser mais contestada. Isso porque, para sustentar essa abordagem formalista, a decisão parece partir do princípio de que os descontos de exclusividade raramente geram efeitos pró-competitivos. Além disso, considerando que a ilegalidade decorre da forma, e não dos efeitos da conduta, não faria sentido alegar que a empresa poderia justificar seu comportamento em

¹⁰⁷ ØSTERUD, Eirik. Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests. p. 57-92. In: **International Competition Law Series**. Holanda: Editora Wolters Kluwer Law Business.

¹⁰⁸ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 81-84. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

ganhos de eficiência ou qualquer outro motivo, na medida em que, de todo modo, a forma se mantém a mesma.

Em segundo lugar, Wahl destaca que, paradoxalmente, ao mesmo em tempo que a decisão do Caso Intel cria uma “supercategoria” de descontos, fundamentada no fato de que estes raramente possuem efeitos benéficos para a concorrência, ela também indica que os descontos de exclusividade podem gerar efeitos pró-competitivos. Porém, no que pese tal afirmação, a decisão refuta que tais efeitos devem ser analisados, pois se presume que tal tipo de desconto é prejudicial à concorrência, em especial num contexto de um mercado com a presença de um agente em posição dominante¹⁰⁹.

De acordo com o Advogado-Geral, o tratamento mais rigoroso dado aos descontos de exclusividade poderia ser justificado pelo fato de que tal prática poderia ser utilizada por uma empresa em posição dominante como uma estratégia para excluir rivais, alavancando sua presença na parte contestável da demanda. No entanto, a decisão do Caso Intel parece ignorar que outros tipos de desconto poderiam ser concedidos com esse mesmo propósito, gerando efeitos de restrição à concorrência similares, sem que necessariamente estejam atrelados a uma condição de exclusividade¹¹⁰.

Nessa mesma linha, Geradin também critica a qualificação proposta no Caso Intel, especialmente por se basear mais na forma do que em seus efeitos concretos. Dessa forma, descontos que, em tese, poderiam ser enquadrados em categorias diferentes e, portanto, analisados de forma distintas, podem ter o mesmo efeito prático¹¹¹.

Geradin exemplifica afirmando que, em termos de potencialidade lesiva, não haveria diferença entre um desconto de quantidade estimado para cobrir 90% da demanda de um cliente e um desconto de exclusividade, no qual o fornecedor requer que o cliente abasteça 90% de sua demanda com seus produtos. Portanto, não faria sentido que, muito embora idênticas, as condutas sejam tratadas de forma diversa, sendo a primeira conduta presumida como lícita; e a segunda, ilícita¹¹².

¹⁰⁹ Ibidem. Parágrafos 89-93.

¹¹⁰ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 89-93. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹¹¹ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. *Journal of Competition Law & Economics*. p. 22. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

¹¹² *La Roche*. *Journal of Competition Law & Economics*. p. 22. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

Nesse mesmo sentido, o Relatório da EAGCP indica que diferentes práticas podem servir ao mesmo propósito e, ao analisá-las sob uma perspectiva formalista, poderia se criar o risco de que tais práticas possam ser tratadas de forma inconsistente, sendo que algumas delas, por motivos puramente formais, poderiam desfrutar de uma atitude mais leniente¹¹³. Assim, Geradin adiciona que empresas poderiam alterar a forma de sua conduta no intuito de se esquivar, ou pelo menos reduzir o risco de responsabilização¹¹⁴.

2.3.3 Da controvérsia acerca do método de análise

O Tribunal Geral, quando da análise dos descontos concedidos pela Intel, apontou que a prática se distinguia das condutas de preços predatórios, pois a ilegalidade da conduta não advinha do nível de preços (já que estes não seriam ilícitos em si), mas sim da condição de exclusividade (ou quase exclusividade).

Assim, o entendimento de Geradin, a decisão do Caso Intel parece sugerir que os *rebates* devem ser examinados sob a ótica de acordos de exclusividade, e não de preços predatórios. Entretanto, o Tribunal rejeita o método de análise de acordos de exclusividade, na medida em que a decisão considera como irrelevantes justamente os fatores que seriam necessários em tal apreciação, tais como a duração dos descontos, os efeitos da conduta e nível de fechamento do mercado¹¹⁵.

Além disso, ao mesmo tempo em que o Tribunal afirma que o exame de sistemas de descontos não é o mesmo de preços predatórios, a decisão faz uso do teste AEC, que é aplicado em casos de exclusão com base em preços. Porém, paradoxalmente, a decisão, que faz referência às conclusões do referido teste, também o considera dispensável para a análise do caso¹¹⁶.

Portanto, na visão do autor, a decisão do Caso Intel acaba por não adotar nenhum método de análise consistente, não apreciando a conduta de acordo com o teste AEC – como

¹¹³. Economic Advisory Group on Competition Policy. Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82. p. 6. Julho de 2005. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

¹¹⁴ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 22. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

¹¹⁵ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 23. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series..

¹¹⁶ Ibidem. p. 24-25.

uma prática de preço predatório –, nem segundo a regra da razão, aplicada para casos de acordo de exclusividade¹¹⁷.

Por sua vez, no Parecer do Caso Intel, o Advogado-Geral critica a distinção feita entre práticas tarifárias e sistemas de desconto. No entender do Advogado-Geral, os descontos de fidelidade, assim como as práticas de compressão de margem e preços predatórios, constituem condutas exclusionárias baseadas em preço. Assim, tais descontos deveriam ser analisados, ao contrário do que foi feito, de acordo com as circunstâncias do caso¹¹⁸.

2.3.4 Da capacidade/ probabilidade de prejuízo à concorrência

Conforme indicado exaustivamente, a decisão do Caso Intel consignou que, em um cenário de presença de um agente em posição dominante num determinado mercado, a estrutura de competição existente em tal segmento já se encontra fragilizada. Assim, presume-se a ilegalidade de um comportamento capaz de causar qualquer distorção adicional nesse mercado, sendo suficiente a verificação de que a conduta do agente possui capacidade de fechamento de mercado e restrição à concorrência para configurar o ilícito concorrencial.

Entretanto, de acordo com o Advogado-Geral, tal capacidade não pode ser simplesmente hipotética ou teoricamente possível, mas provável. Com efeito, Wahl entende que a apreciação da capacidade lesiva de uma prática deve levar em consideração se é provável que dela decorram efeitos prejudiciais à concorrência, não sendo suficiente apenas a mera possibilidade de restrição à concorrência¹¹⁹.

Caso contrário, destaca-se no Parecer que estabelecer um padrão tão baixo para configuração de infração concorrencial, bastando a mera possibilidade de limitação à concorrência, implicaria que Direito da Concorrência pune a forma, e não o efeito da prática. Por conseguinte, a ampliação da presunção acabaria por abranger e, muitas vezes, punir, condutas que são, na verdade, pró-competitivas¹²⁰.

¹¹⁷ Ibidem. p. 26.

¹¹⁸ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 101-102. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹¹⁹ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 112-120. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹²⁰ Ibidem.

2.3.5 Da representatividade do nível do mercado afetado e da caracterização da condição de exclusividade

Conforme indicado anteriormente, a decisão do Caso Intel indicou não ser necessário estabelecer um patamar mínimo para configurar o ilícito, sobretudo por se tratar de um mercado altamente concentrado. De acordo com a decisão, com a presença de um agente com posição dominante, a estrutura do mercado já estaria enfraquecida, de modo que qualquer restrição adicional à concorrência – por menor que fosse – seria suficiente para que a conduta da empresa em questão seja considerada abusiva.

De forma contrária, Wahl entende que, considerando que o Direito da Concorrência na União Europeia não se concentra na forma da conduta, mas em seus efeitos, a porção afetada pela prática tem um papel relevante na análise. De fato, a probabilidade de que a conduta seja prejudicial à concorrência é maior quando ela impacta uma parte maior do mercado em questão¹²¹.

No entanto, o Advogado-Geral refuta que exista um cálculo aritmético capaz de detectar o nível de mercado afetado pela prática suscetível a gerar efeitos anticoncorrenciais. De qualquer forma, Wahl entende que a apreciação feita em relação à cobertura do mercado afetada na decisão do Caso Intel é inconclusiva, sendo que a constatação de que a Intel seria um “parceiro comercial incontornável” não seria capaz de afastar o caráter inconclusivo da análise¹²².

Nessa mesma linha, Richard Whish também destaca que a determinação que descontos são ilegais, mesmo quando os volumes envolvidos são pequenos, acaba por impor um padrão demasiadamente rígido, tendo em vista que, se o cliente adquire apenas uma parcela pequena de sua demanda do fornecedor em posição dominante, os efeitos de fechamento de mercado são insignificantes, senão inexistentes¹²³.

Ademais, Geradin critica a amplitude dada ao conceito de exclusividade. No julgamento do Caso Intel, entendeu-se que a condição de exclusividade estaria caracterizada mesmo se atingisse apenas um segmento da demanda de um cliente, independentemente da

¹²¹ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 140-145. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹²² Ibidem.

¹²³ WHISH Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. p. 721. Oxford: Oxford University Press, 2012.

representatividade deste setor na demanda total da empresa. Na visão do autor, tal abordagem estende demasiadamente a noção de exclusividade¹²⁴.

Nesse mesmo sentido, Botelho destaca que a posição rígida adotada no Caso Intel quanto à exclusividade pode ser fundamentada, de forma implícita, na constatação de que a concessão de descontos faria parte de uma estratégia da Intel para excluir o acesso da AMD no mercado. Entretanto, se essa não for a justificativa para tal abordagem, o autor concorda que a Comissão Europeia e o Tribunal Geral estabeleceram um parâmetro excessivamente rigoroso¹²⁵.

2.3.6 Da ausência de necessidade de realização do teste AEC

Conforme destacado acima, a decisão da Comissão Europeia considerou ser irrelevantes as conclusões do teste AEC, apesar de fazer referência a elas.

No entanto, Wahl entende que, tendo em vista que a análise de descontos exige efeito de exclusão, não se pode considerar que o teste AEC não tenha utilidade para o caso. Isso porque, caso se identifique que um rival igualmente eficaz à empresa concedente de desconto tenha que oferecer preços abaixo de seu custo, para poder competir efetivamente com ela, tem-se um indício de que a conduta é provavelmente lesiva à concorrência. O contrário também é válido, já que se o concorrente for capaz de cobrir seus custos, a probabilidade de limitação à concorrência é reduzida¹²⁶.

Além disso, também consta do Parecer a constatação de que a decisão, no Caso Intel, não foi capaz de identificar outros elementos suficientes para subsidiar inequivocamente a existência de um efeito prejudicial à concorrência. Assim, considerando que a Comissão Europeia havia, de fato, realizado um teste AEC, não parece ser plausível somente ignorar a utilidade das conclusões do teste para o caso concreto¹²⁷.

¹²⁴ GERADIN, Damien. Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*. **Journal of Competition Law & Economics**. p. 24. vol, 11, 2015. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

¹²⁵ BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court's judgment in Intel, p. 60-61. São Paulo: Editora Singular, 2016.

¹²⁶ WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 - *Intel Corporation Inc. v. European Commission*. Parágrafos 164-170. 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62014CC0413>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹²⁷ Ibidem.

2.4 Tendências quanto à análise da Comissão Europeia

Tendo em vista as críticas tecidas a respeito das decisões proferidas pela Comissão Europeia e, posteriormente, pelo Tribunal Geral e, sobretudo, o parecer elaborado pelo Advogado-Geral Nils Wahl, não se sabe ao certo como será o julgamento do Caso Intel pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Na visão de Matthew Newman, apesar do parecer do Advogado-Geral ser favorável à empresa, a vitória da Intel pode ser vida curta. Newman entende que a decisão do Caso Intel é baseada em 40 anos de jurisprudência, que estabelece a presunção de ilegalidade de descontos de fidelidade. Ainda, mesmo que o TJUE anule a decisão e o caso volte para exame do Tribunal Geral, a Intel ainda corre o risco de que, mesmo que sejam apreciadas todas as circunstâncias do caso, a conclusão seja a mesma¹²⁸.

Newman acredita que o TJUE não acatará a sugestão do Parecer, na medida em que, por mais que sua argumentação seja convincente, o TJUE é uma instituição conservadora e nem sempre tem seguido a opinião do Advogado-Geral Nils Wahl, que é conhecido por expandir os limites do Direito da Concorrência na Europa¹²⁹.

Em março de 2017, o Diretor-Geral da Comissão Europeia, Cecilio Madero Villarejo, se manifestou no sentido de que descontos de exclusividade devem geralmente ser presumidos como anticompetitivos, mas que a Comissão Europeia deve analisar se as práticas de desconto geram eficiências. Segundo Villarejo, a Comissão não estaria obrigada a demonstrar os efeitos prejudiciais advindos da concessão de descontos, mas que, de qualquer forma, ela deve apreciar quaisquer argumentos de eficiência trazidos pela empresa em posição dominante¹³⁰.

Além disso, o Diretor-Geral admitiu que a aplicação da rígida regra no Caso Intel, no sentido que descontos de exclusividade são intrinsicamente ilícitos, foi “inadequada”. No entanto, Villarejo notou que, considerando os recursos limitados da Comissão, pode ser mais produtivo presumir que os *exclusivity rebates* são anticompetitivos e conduzir uma análise pormenorizada da prática somente se a empresa dominante em questão apresentar argumentos

¹²⁸ NEWMAN, Matthew. Comment: Intel's victory in EU court opinion may prove short-lived. **MLex**. 20 de outubro de 2016.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ CROFTS, Lewis. EU will analyze 'efficiency' of loyalty rebates claims, Madero says. **MLex**. 29 de março de 2017.

de eficiência. Nesse contexto, o Diretor-Geral ainda destacou a relevância do teste AEC para esse exame, mas observou não ser a única ferramenta para a análise¹³¹.

De acordo com as informações disponíveis do caso, não há previsão para análise do recurso interposto pela Intel perante o TJUE. Porém, com base nas declarações e opiniões mencionadas acima, algumas considerações podem ser feitas em relação a possíveis futuros desdobramentos da apreciação de *rebates* pelas autoridades europeias em matéria antitruste.

No que se refere à aproximação das condutas de desconto às práticas de preços predatórios ou aos acordos de exclusividade, Wahl e Villarejo dão a entender que os descontos concedidos por empresas em posição dominante se aproximam das práticas tarifárias. Isso porque, no Parecer, o Advogado-Geral indica explicitamente que os descontos não se diferem das demais práticas exclusionárias com base em preço e, no mesmo sentido, o Diretor-Geral, em sua declaração, ressalta a pertinência do teste AEC, também aplicados em casos de preços predatórios.

No entanto, no relatório das discussões sobre *rebates* na *Organisation for Economic Co-operation and Development* (“OCDE”), de 5 de outubro de 2016 (“Relatório da OCDE”), destacou-se que os testes como o AEC não são um método confiável para se identificar os efeitos anticompetitivos de descontos de fidelidade. Isso porque, em linha com a decisão do Caso Intel, entende-se que a abordagem de preços predatórios pode ser adotada para verificar casos em que o programa de desconto é utilizado como predação contra um concorrente igualmente eficiente, mas que ela não é adequada para casos em que o desconto é utilizado como estratégia de exclusão de rivais, sem necessariamente demandar sacrifício de lucro por parte da empresa¹³².

Além disso, de acordo com o Relatório da OCDE, existem indícios de que a tendência é que *rebates* sejam analisados sob uma abordagem com base em efeitos. Como exemplo desse movimento, o documento menciona a limitação do escopo da presunção de que descontos de fidelidade tenham efeitos anticompetitivos e a rejeição da presunção de que descontos acima dos custos de produção não tenham efeitos anticompetitivos. O Relatório da OCDE ainda faz referência ao Guia da Comissão Europeia, que teria adotado a abordagem com base em efeitos para casos de descontos¹³³.

¹³¹ Ibidem.

¹³² OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES** Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity Rebates. 2016. p. 3-4. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL/en/pdf). Acesso em 14 de maio de 2017.

¹³³ Ibidem p. 4.

De qualquer forma, independentemente da controvérsia acima, as autoridades europeias parecem estar convencidas acerca da necessidade de análise de todas as circunstâncias do caso concreto. De fato, a declaração dada pelo Diretor-Geral da Comissão Europeia enfatiza que tal apreciação será feita, porém somente se a empresa em questão suscitar argumentos de eficiência e demonstrar efeitos pró-competitivos advindos de sua conduta¹³⁴.

¹³⁴ CROFTS, Lewis. EU will analyze ‘efficiency’ of loyalty rebates claims, Madero says. **MLex**. 29 de março de 2017.

3. A ANÁLISE DA CONCESSÃO DE DESCONTOS (*REBATES*) PELO CADE

Conforme destacado acima, quando uma empresa em posição dominante utiliza programas de desconto para excluir rivais ou, de forma geral, limitar a concorrência, sua conduta pode ser enquadrada como ilícito concorrencial, nos termos do Artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

No Brasil, poucos casos envolvendo sistemas de *rebates* foram analisados pelo Cade¹³⁵. Dentre tais investigações, destacam-se os processos administrativos instaurados contra (i) a Companhia de Bebidas das Américas (AmBev), em razão do programa de premiação Tô Contigo (“Caso Tô Contigo”); e (ii) a Infoglobo Comunicações Ltda. (“Caso Infoglobo”), em decorrência da concessão de descontos na venda de espaços publicitários.

Por se tratarem de casos analisados mais recentemente e mais detidamente pela Cade e, portanto, mais capazes de fornecer um panorama mais abrangente do entendimento da autoridade brasileira em relação a programas de desconto, optou-se por estudar mais profundamente o Caso Tô Contigo e o Caso Infoglobo.

3.1 O Caso Tô Contigo

3.1.1 Breve síntese do caso

O Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 foi instaurado em 24 de julho de 2004 no intuito de investigar possível infração concorrencial cometida pela Companhia de Bebidas das Américas (AmBev) no mercado de cervejas. O objeto da investigação consistia no possível caráter anticompetitivo dos programas de fidelização “Festeja” e “Tô Contigo”, além da utilização da marca Antarctica como marca de combate e a publicidade produzida pela empresa, no mercado de cervejas¹³⁶. Considerando o foco do presente trabalho, a análise do caso se limitará ao Programa Tô Contigo.

O Caso Tô Contigo, de relatoria do ex-Conselheiro do Cade Fernando Magalhães Furlan, foi levado a julgamento no Tribunal do Cade em 22 de julho de 2009. Na ocasião, verificou-se que o Programa Tô Contigo consistia em um programa de relacionamento entre a

¹³⁵ Dentre tais investigações, destacam-se os Processos Administrativos nº 08000.000128/1995-98; 08000.161153/1995-89; 08012.001182/1998-31; 08012.003805/2004-10; e 08012.003064/2005-58.

¹³⁶ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 4.

AmBev e pontos de venda (PDVs), tais como bares e restaurantes, no qual os PDVs participantes acumulavam pontos de acordo com o volume de garrafas de cerveja de 600 ml adquirido (1 ponto por caixa), que posteriormente podiam ser trocados por prêmios que, na prática, equivaleriam a descontos¹³⁷.

Os pontos acumulados podiam ser trocados por prêmios dentro do ano em que foram obtidos, sendo que o limite máximo de acúmulo mensal era de 600 pontos. Para participar do programa, os PDVs tinham que adquirir pelo menos 5 caixas de cerveja por mês¹³⁸.

Após a inspeção realizada na sede da AmBev em São Paulo, identificou-se que o Programa Tô Contigo teria sido implementado, em tese, em duas fases diferentes: (i) na primeira fase (2002-2004), o programa teria sido destinado somente a PDVs que comercializavam de forma espontânea apenas cervejas da AmBev; e (ii) na segunda fase (após 2004), o programa teria sido destinado também aos demais PDVs, sem exigência de exclusividade formal.

Segundo o Cade, se o programa fosse implementado na forma descrita acima, a conduta da AmBev não suscitaria maiores preocupações concorrenciais. Isso porque, do ponto de vista formal, o Programa Tô Contigo (i) seria transparente; (ii) não exigiria exclusividade; (iii) estabeleceria regras de premiação lineares; (iv) não exigiria metas mínimas de compra; e (v) não discriminaria entre os PDVs participantes e os não-participantes¹³⁹.

No entanto, com base na evidência colhida nos autos, tais como os depoimentos prestados por PDVs, o resultado da pesquisa Ibope realizada e relatórios circunstanciados de visita a bares, o Cade descobriu que, na prática, o Programa Tô Contigo não era implementado nos contornos delineados acima¹⁴⁰.

Com efeito, como será demonstrado abaixo, constatou-se que, na prática, o Programa Tô Contigo consistia em um programa de desconto não-linear, no qual a AmBev, em contrapartida aos benefícios concedidos, exigia exclusividade dos PDVs ou limitava a quantidade de cervejas que poderia ser adquirida de concorrentes¹⁴¹.

Nesse sentido, o Cade entendeu que, com o Programa, (i) os concorrentes teriam que oferecer descontos ainda maiores do que os oferecidos pela AmBev para poderem competir

¹³⁷ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 40-44.

¹³⁸ Ibidem. p. 40.

¹³⁹ Ibidem. p. 45.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 47.

¹⁴¹ Ibidem. p. 82

efetivamente com ela; e (ii) os consumidores seriam prejudicados, na medida em que teriam menos opções de compra.

Portanto, concluiu-se que o Programa Tô Contigo possuía potencial de arrefecimento da concorrência, elevação artificial do custos dos rivais e fechamento de mercado, de modo que o Cade condenou a AmBev por violação à Lei nº 8.884/1994, vigente à época, e determinou o pagamento de multa de R\$ 352.693.696,58, até então o montante mais alto de multa aplicada pela autoridade brasileira.

3.1.2 Dos argumentos da AmBev

Em sua defesa administrativa, a AmBev ressaltou a licitude do Programa Tô Contigo, bem como suas características pró-competitivas. De acordo com a empresa, o objetivo do programa de fidelidade era de aumentar o nível de satisfação dos PDVs, e não de fazer frente ao lançamento da cerveja Nova Schin por um concorrente.

Em síntese, a AmBev defendeu que o Programa Tô Contigo (i) não exigia exclusividade por partes dos PDVs; (ii) não vinculava os PDVs a uma permanência de tempo mínima; e (iii) criava qualquer dependência comercial substancial entre o PDV e a AmBev. Além disso, a AmBev argumentou que os prêmios previstos no programa não configurariam renúncia de receita, na medida em que o custo do desconto seria de apenas R\$ 0,02 por garrafa.

A AmBev também apresentou diversos pareceres jurídicos e econômicos para sustentar a licitude do Programa Tô Contigo. Tais pareceres defendem, em resumo, que (i) a cobertura do programa seria reduzida, atingindo apenas de 10% a 12% dos clientes; (ii) a bonificação do programa seria linear, e somente regras não-lineares poderiam levar à exclusividade; e (iii) demais concorrentes – tais como a Kaiser e a Schincariol – também teriam lançado programas de fidelidade.

3.1.3 Da análise do Caso Tô Contigo

3.1.3.1 Das características do Programa Tô Contigo

Conforme destacado acima, o Cade considerou que, com base em suas características formais, o Programa Tô Contigo não suscitaria questões concorrenciais relevantes. No entanto, as provas colhidas nos autos demonstraram que os aspectos formais do Programa Tô Contigo

não correspondiam com a maneira efetiva em que o programa estaria sendo implementado pela AmBev.

De fato, o Cade constatou que, na prática, o Programa Tô Contigo consistia em um programa de premiação não-linear, no qual a AmBev, em contrapartida aos benefícios concedidos, exigia exclusividade dos PDVs ou limitava a quantidade de cervejas que poderia ser adquirida de concorrentes¹⁴².

Na realidade, o Programa Tô Contigo (i) exigia exclusividade; (ii) não era transparente; (iii) era monitorado e, eventualmente, levava à aplicação de retaliações; e (iv) exigia percentual mínimo de compra.

Em relação à exclusividade (i), o Cade constatou que esta era uma condição para participação do Programa Tô Contigo. Com efeito, para além dos depoimentos dos PDVs, na pesquisa realizada pelo Ibope, demonstrou-se que quase 50% dos PDVs aderentes entrevistados entendiam que a exclusividade era exigida como condição para ingresso no programa e, destes PDVs, 56% de fato adquiriam apenas cervejas da marca AmBev.

A esse respeito, cumpre destacar que a exclusividade não era exigida de forma sistemática, isto é, para todos os PDVs, e podia ser flexibilizada para alguns deles. No entanto, apesar de não ser sistemática, a exigência também não era aleatória, de modo que a AmBev selecionava PDVs estratégicos¹⁴³. Tal seleção era baseada, entre outros fatores, no potencial de vendas e capacidade de pagamento do PDV¹⁴⁴.

Quanto à transparência (ii), do ponto de vista formal, o Cade reconheceu que o Programa Tô Contigo estabelecia regras transparentes para concessão das bonificações. Entretanto, com base das evidências coletadas na investigação, o Cade entendeu que, na prática, havia uma falta de clareza proposital em relação ao Programa e uma assimetria de informação entre a AmBev e os PDVs.

Ademais, o Cade ressaltou que a AmBev buscava ocultar o requisito de exclusividade, inculcando tal exigência, em maior ou menor grau, por meio da utilização de conceitos vagos nos contratos de adesão assinados para participação no Programa¹⁴⁵.

¹⁴² FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 82.

¹⁴³ Ibidem. p. 50-54.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 61.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 54.

No que refere ao monitoramento e retaliações (iii), no entendimento do Cade, as provas dos autos também indicaram que a AmBev realizava fiscalizações mensais nos PDVs para verificar o cumprimento das condições exigidas para participação no Programa Tô Contigo¹⁴⁶.

De acordo com os dados coletados na pesquisa do Ibope, cerca de um terço dos PDVs participantes entrevistados acreditavam que seriam punidos não só com a perda da pontuação caso comercializassem cervejas de marcas concorrentes¹⁴⁷. De fato, ao saírem do programa, os PDVs não perdiam a pontuação conquistada, mas deixavam de fazer jus aos outros benefícios do programa, tais como o freezer trimarca e os descontos na aquisição da marca Antarctica¹⁴⁸.

Com efeito, os indícios constantes dos autos também demonstraram que, para além da bonificação, a AmBev também oferecia descontos nos preços das cervejas. Isso foi corroborado pela pesquisa do Ibope, na qual 70% dos PDVs filiados ao Programa Tô Contigo reconheceram o oferecimento de descontos quando da sua adesão¹⁴⁹.

Por fim, com relação à exigência de percentual mínimo, de acordo com o Cade, a AmBev exigia que pelo menos 90% do estoque dos PDVs participantes fossem abastecidos por cervejas de sua marca. Caso contrário, a AmBev ameaçava não renovar a participação do PDV em questão no Programa Tô Contigo¹⁵⁰.

Nesse contexto, o Cade apontou que, embora a condição de exclusividade pudesse ser flexibilizada em alguns casos, a cobertura de 90% das necessidades de um PDV por cervejas AmBev representa uma porcentagem bastante elevada¹⁵¹.

Além disso, para o Cade, a exigência de um percentual mínimo descaracterizaria o caráter linear da premiação concedida pela AmBev. Isso porque, atendendo a esse requisito, um PDV teria direito a mais premiações, mesmo adquirindo um volume menor do que outros PDVs¹⁵².

¹⁴⁶ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 50.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 52.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 77-78

¹⁴⁹ Ibidem. p. 52.

¹⁵⁰ Ibidem. p.64

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

3.1.3.2 Da abordagem da Comissão Europeia

Inicialmente, o Cade fez referência à abordagem da Comissão Europeia em relação à prática de descontos condicionados, com base no estudo publicado em 2005 (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*), e à jurisprudência europeia e americana a respeito do tema.

Na primeira parte, o Cade ressaltou o entendimento da Comissão Europeia no sentido que, geralmente, a posição dominante garante que os compradores adquirirão, de toda forma, a maior parte de sua demanda do agente dominante, que é, portanto, visto como “indispensável”, já que seus produtos são preferidos pelos consumidores finais.

Nesse contexto, com o oferecimento de descontos por parte de uma empresa em posição dominante, o consumidor seria estimulado a adquirir um volume maior para obter os descontos, podendo gerar um “efeito sucção”. Nessa situação, o preço da última unidade comprada antes de atingir o limiar em que é concedido o desconto poderia vir a ser negativo, pois o desconto é acionado pela própria transação.

Assim, a concessão de descontos poderia representar uma empresa dominante poderia utilizar a parte não-contestável da demanda de um cliente como alavanca para diminuir o preço da porção contestável da demanda.

O Cade ainda mencionou a proposta da Comissão Europeia de calcular o preço efetivamente pago pelas compras acima do patamar normal, sendo que se esse preço efetivo estiver abaixo do custo médio total (CMT), isso sugeriria que concorrentes igualmente eficientes não seriam capazes de competir com o agente dominante. Porém, ressaltou-se que, mesmo que o preço efetivo fosse superior ao CMT, isso não afastaria a possibilidade de fechamento de mercado.

Quanto à jurisprudência internacional, o Cade fez referência a diversos casos, tais como Roche, Hilti AG v. Comissão, Akzo, Van der Berg Foods e Coca Cola. Além disso, o Cade indicou que, de acordo com Christian Roques, para conduzir uma análise de descontos, seria essencial examinar os seguintes elementos: (i) a presença de uma empresa com posição dominante forte e persistente no mercado; (ii) se os descontos são aplicados para intermediários e não para consumidores diretos; e (iii) se a demanda de consumidores diretos aos intermediários é elevada, privilegiando os produtos da empresa em posição dominante.

3.1.3.3 Do mercado relevante e poder de mercado da AmBev

Feitas essas considerações teóricas, o Cade passou a analisar qual seria o mercado relevante envolvido na prática sob investigação, bem como as características desse mercado. Nesse contexto, com base em precedentes, o Cade estabeleceu que o mercado relevante (i) a montante seria definido como o mercado regional de cerveja e, (ii) a jusante, como o mercado local de venda de cervejas nos canais bar e tradicional¹⁵³.

Quanto às características desses segmentos, o Cade ressaltou que se tratavam de mercados com altas barreiras à entrada, em razão (i) da sua dinâmica concorrencial ser marcada por fortes estratégias de diferenciação de produto, de modo que os custos de *marketing* seriam elevados; e (ii) da necessidade que os agentes tenham uma extensa e organizada rede de distribuição¹⁵⁴.

Posteriormente, o Cade analisou se a AmBev teria poder de mercado de cervejas. Tendo em vista que a empresa era líder absoluta em todos os mercados relevantes geográficos e sua participação de mercado de quase 70%, o Cade concluiu que a AmBev teria poder nos mercados regionais investigados¹⁵⁵.

3.1.3.4 Dos efeitos econômicos da conduta: incapacidade de competição por lote, não-linearidade do Programa Tô Contigo e ausência de eficiências

3.1.3.4.1 Dos aspectos teóricos

Num primeiro momento, o Cade delineou alguns aspectos teóricos das práticas verticais, mais especificamente dos contratos de exclusividade e da compensação pela concessão de descontos.

O Cade contrapôs as perspectivas da Escola de Chicago e pós-Chicago. No entendimento da Escola de Chicago, seria pouco plausível que acordos de exclusividade fossem utilizados como estratégia para excluir concorrentes do mercado. Isso porque um fabricante

¹⁵³ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 5-6.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 6-7

¹⁵⁵ Ibidem. p. 9-10

menos eficiente do que seus rivais teria que conceder recompensas a seus clientes em troca da exclusividade; porém, sua capacidade de oferecer compensações seria limitada, não podendo ser superiores a seu lucro¹⁵⁶.

Por sua vez, os agentes a jusante teriam poucos incentivos para aceitar um contrato de exclusividade com um fornecedor que é menos eficiente do que seus concorrentes. Em tese, ao adquirir a totalidade de seus produtos de um único fornecedor, o comprador estaria desestimulando a entrada de potenciais rivais mais eficientes nesse mercado. Porém, caso não aceitasse a condição de exclusividade, haveria um incentivo à entrada de um concorrente mais eficiente, que poderia oferecer melhores condições de venda que, por sua vez, seriam desfrutados pelo comprador¹⁵⁷.

Além disso, de acordo com o Cade, a Escola de Chicago defenderia que acordos de exclusividade pressupõem ganhos de eficiência, que poderiam ser aproveitados pelas empresas contratantes e pelos consumidores. Assim, os contratos de exclusividade não seriam, *prima facie*, anticompetitivos.

Por outro lado, o Cade apontou que doutrinadores da escola Pós-Chicago defendem que, sob determinadas circunstâncias, os acordos de exclusividade podem gerar preocupações concorrenciais, pois um fornecedor poderia ter condições suficientes para convencer um comprador a aceitar a condição de exclusividade, o que poderia acarretar um fechamento de mercado¹⁵⁸.

De acordo com o Cade, nessa situação, a entrada de uma nova empresa, que possui economia de escala, só poderia ocorrer caso existam um número de compradores que não tenham assinado o contrato de exclusividade. Contudo, quando um comprador assina tal tipo de acordo com um fornecedor que detém poder de mercado, isso acaba gerando uma externalidade negativa sobre outros compradores, que são induzidos a assinar o contrato de exclusividade também. Desse modo, considerando essa indução, o vendedor dominante em questão teria que oferecer recompensas a apenas alguns de seus clientes¹⁵⁹.

Além disso, com o fechamento de mercado, o Cade destacou que um potencial rival dificilmente teria condições de atingir economias de escala/escopo capazes de cobrir os seus

¹⁵⁶ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 79

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 70-71.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 71.

custos de entrada. Assim, sem a entrada de novos concorrentes, a empresa em questão poderia oferecer recompensas suficientes para que o comprador aceite assinar o acordo de exclusividade¹⁶⁰.

Em relação especificamente aos programas de desconto, o Cade colacionou entendimento do Parecer elaborado pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) acerca do caso. Na ocasião, a SDE assentou que a probabilidade de que os descontos gerem efeitos anticompetitivos depende se estes, mesmo que potencialmente, (i) reduzem a transparência ou (ii) constituem mecanismo velado de monopolização, para excluir rivais igualmente eficientes ou dificultar seu acesso ao mercado.

Por outro lado, a SDE também ressaltou os possíveis efeitos pró-competitivos da concessão de descontos, na medida em que estes podem levar (i) à aproximação dos preços aos custos marginais do fabricante; (ii) ao aumento do poder de barganha do comprador. Em relação às eficiências, a Secretaria ainda entendeu que os descontos poderiam gerar aumento da eficiência alocativa, técnica e dinâmica.

3.1.3.4.2 Da incapacidade de rivais de competirem por lote

Neste tópico, o Cade fez referência ao Guia da Comissão Europeia para enfatizar a necessidade de se analisar as características do mercado e da concessão de desconto para determinar se a conduta pode gerar efeitos prejudiciais à concorrência.

No que tange às características do mercado, conforme destacado acima, o Cade concluiu que o segmento de cerveja, as barreiras à entrada seriam elevadas, em razão dos altos custos de marketing para divulgação e diferenciação do produto. Considerando tal fator e a participação de mercado da AmBev – de quase 70% –, o Cade concluiu que a empresa possuía poder de mercado¹⁶¹.

Além disso, com base na pesquisa realizada pelo Ibope, o Cade notou que a AmBev tinha elevado grau de penetração nos PDVs, já que suas principais marcas poderiam ser encontradas em pelo menos 79% dos estabelecimentos entrevistados e, no caso da Brahma, a presença da marca atingiria 97%. Por sua vez, marcas rivais não teriam o mesmo nível de

¹⁶⁰ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 71.

¹⁶¹ Ibidem. p. 73.

penetração, sendo que a Kaiser teria registrado a maior participação – 47%. Assim, o Cade concluiu que os PDVs não poderiam prescindir das cervejas da marca AmBev¹⁶².

Nesse contexto, o Cade apontou que o Programa Tô Contigo poderia gerar uma mudança no comportamento de concorrência: da competição na margem para a competição pelo PDV todo (ou seja, por lote). Entretanto, diante do nível de penetração das marcas AmBev e a força de seu portfólio, concorrentes igualmente ou mais eficientes não teriam condições de competir com a empresa por PDVs¹⁶³.

A dificuldade de competição efetiva ainda é acentuada pelas externalidades negativas mencionadas anteriormente, considerando que os PDVs, mesmo que não recebam incentivos, são induzidos a aderir ao Programa Tô Contigo, sobretudo em razão da sua necessidade de comercializar cervejas da marca AmBev. Caso contrário, tais estabelecimentos correriam o risco de adquirir produtos por preços mais elevados do que os outros PDVs, ficando assim, em desvantagem¹⁶⁴.

3.1.3.4.3 Da não-linearidade do Programa Tô Contigo

No entendimento do Cade, o caráter linear de preços advém da proporcionalidade entre o pagamento total e a quantidade vendida, assim, independentemente do volume adquirido, o preço unitário será o mesmo. Por sua vez, quando o preço é não-linear, ele decresce de acordo com o número de unidades compradas¹⁶⁵.

Como indicado anteriormente, o Cade entendeu que a exigência de um percentual mínimo descaracterizaria o caráter linear da premiação concedida pela AmBev. Isso porque, atendendo a esse requisito, um PDV teria direito a mais descontos, mesmo adquirindo um volume menor do que outros PDVs¹⁶⁶.

Com base nas informações disponíveis nos autos, não foi possível ao Cade estimar, de forma precisa, o nível de desconto concedido pela AmBev. Portanto, para fins de análise, tomou-se por base o desconto vinculado à pontuação – 3%¹⁶⁷.

¹⁶² FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p 74.

¹⁶³ Ibidem. p. 75

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 75-76.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 64

¹⁶⁷ Ibidem. p. 76

Nesse contexto, o Cade fez referência ao exercício realizado pela SDE para calcular a dimensão da não-linearidade dos descontos oferecidos no Programa Tô Contigo. No exercício, a SDE concluiu que um concorrente teria que oferecer um desconto de 7,9% para fazer frente à premiação dada no Programa Tô Contigo. A diferença é explicada, em parte, pelo fato de que o desconto de 3% concedido pela AmBev recairia sobre todo o volume adquirido, e não somente à parcela marginal¹⁶⁸.

Segundo o Cade, a necessidade de concessão de descontos de 7,9% representaria, com clareza, um aumento do custo dos rivais de permanecerem no mercado¹⁶⁹.

Ademais, com base no raciocínio do *paper* da Comissão Europeia de 2005, o Cade ressaltou que, mesmo que o preço efetivo das cervejas adquiridas pelos PDVs fosse superior ao custo médio total (CMT), isso não afastaria a potencialidade do Programa de gerar efeitos prejudiciais ao mercado. Isso porque, levando em consideração que as vantagens oferecidas pela AmBev não eram replicáveis e sua conduta poderia dificultar o acesso de concorrentes ao mercado, a empresa poderia excluir rivais do mercado mesmo que estes pudessem cobrar preços acima do seu custo de produção¹⁷⁰.

Para além dos descontos, as empresas concorrentes, para poderem competir efetivamente com a AmBev, teriam que compensar os PDVs também pela perda de outras premiações. Com efeito, ao sair do Programa Tô Contigo, os PDVs deixariam de fazer jus a alguns benefícios, tais como o freezer trimarca e os treinamentos, de modo que um rival teria que oferecer não só descontos superiores aos da AmBev, mas também compensar os PDVs pela perda dessas outras bonificações¹⁷¹.

Assim, o Cade concluiu que a exigência de exclusividade por uma empresa em posição dominante, em um contexto de mercado diferenciado e com clara assimetria entre os concorrentes, pode acarretar uma elevação artificial do custo dos rivais e, por conseguinte, um aumento de preços e até a saída de um competidor igualmente eficiente do mercado¹⁷².

¹⁶⁸ Ibidem. p. 76

¹⁶⁹ Ibidem. p. 77.

¹⁷⁰ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 77.

¹⁷¹ Ibidem. p. 77-78.

¹⁷² Ibidem p. 78.

3.1.3.4.4 Da ausência de possíveis eficiências

Segundo o Anexo II da Resolução nº 20 do Cade, as principais eficiências advindas de condutas verticais consistem na (i) redução de custos de transação; (ii) preservação da reputação e de investimentos realizados em ativos específicos; (iii) economia de escala/escopo; e (iv) proteção ao desenvolvimento tecnológico no mercado de origem.

No entanto, o Cade entendeu a conduta da AmBev não poderia ser justificada em nenhum dos efeitos pró-competitivos destacados acima¹⁷³.

Em primeiro lugar, a autoridade brasileira apontou que a redução de custos de transação decorrente de uma condição de exclusividade poderia ser verificada em mercados que exigem elevados custos de investimento tecnológico ou que envolvem produtos com alto grau de complexidade¹⁷⁴.

De fato, nesses segmentos, a exclusividade exigida por uma empresa poderia ser bem-vinda para evitar que produtos rivais fossem comercializados no mesmo estabelecimento e concorrentes se aproveitassem, desse modo, dos investimentos realizados por ela para divulgar seu produto (efeito carona)¹⁷⁵.

Contudo, o Cade entende não ser esse o caso do mercado de cervejas, pois o esforço de vendas do PDV se limitaria, a princípio, à concessão de espaço no bar/restaurante para divulgação da marca¹⁷⁶.

Em relação à preservação da reputação, o Cade também rejeitou sua aplicação no caso concreto. Isso porque a diferenciação entre as marcas de cerveja se daria principalmente por meio de propaganda, preço e presença nos PDVs e a presença de outras marcas num mesmo ponto não atrapalharia a reputação da AmBev. No que se refere à proteção de investimentos específicos, o Cade também concluiu que tal argumentação não seria aplicável, pois a venda de cervejas não implicaria em investimentos consideráveis (em maquinários ou reforma do estabelecimento), de modo que a quebra da relação comercial não resultaria em perdas irrecuperáveis para a AmBev¹⁷⁷.

¹⁷³ Ibidem p. 78-79.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 79.

¹⁷⁵ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 79.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

No mais, o Cade indicou que os *market shares* AmBev e sua presença no mercado demonstram que a empresa possuiria economias de escala suficientes para não precisar exigir exclusividade de seus compradores. Quanto aos investimentos em tecnologia, o Cade entendeu que o mercado de cerveja não possui características altamente inovadoras, de forma que a tecnologia demandada estaria disponível para todos os *players* do setor¹⁷⁸.

Por fim, vale destacar que, de acordo com o Cade, a AmBev não apresentou eventuais eficiências derivadas de sua conduta¹⁷⁹.

3.1.3.5 Conclusões

Com base no exposto acima, o Cade concluiu que estavam presentes no caso todos os elementos necessários para que a conduta da AmBev pudesse restringir à concorrência e causar fechamento de mercado de concorrentes igualmente eficientes, quais sejam: (i) poder de mercado, refletida por meio de sua elevada participação de mercado e presença nos PDVs; (ii) presença de externalidade negativas; (iii) não-linearidade dos preços; e (iv) ausência de eficiências econômicas derivadas da prática.

De fato, em razão do poder de mercado da AmBev, refletida por meio de seu elevado *market share* e sua alta penetração no mercado, os PDVs não podem deixar de comercializar seus produtos. Com o Programa Tô Contigo, a AmBev teria incentivado seus compradores a adquirir a totalidade de suas necessidades da empresa e, portanto, acarretando um aumento do custo de concorrentes, que teriam que investir mais agressivamente em *marketing* e conceder descontos superiores aos oferecidos pela AmBev.

Em segundo lugar, considerando que a externalidade negativa causada pelo Programa Tô Contigo induzia à sua adesão, para que rivais da AmBev pudessem acessar ao mercado, eles teriam também que compensar pelas perdas incorridas por um PDV quando da sua saída do programa. Novamente, a conduta da AmBev teria levado a um aumento artificial dos custos dos rivais.

Ainda, o Cade ressaltou que, com a concessão dos descontos, de forma não-linear, pela AmBev, os concorrentes teriam que oferecer desconto ainda maiores do que a empresa, causando uma assimetria no mercado, mesmo em relação a rivais igualmente eficientes.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

A esse respeito, vale notar que o Cade indicou na decisão que, para haver efeitos anticompetitivos, bastaria a constatação de não-linearidade em programa de empresa dominante, sendo desnecessária a ocorrência de fechamento de mercado.

Além disso, o Cade observou que a seletividade da AmBev em relação aos PDVs também teria agravado a situação dos concorrentes. Como o Programa Tô Contigo focava em PDVs adimplentes, os rivais teriam acesso somente aos compradores que seriam “mau pagadores”. Nesse contexto, o Cade faz referência ao *paper* da Comissão Europeia para evidenciar a preocupação relativa à ausência de uniformidade de um sistema de descontos, que também acaba por dificultar o monitoramento da prática por parte da autoridade antitruste.

Com base em tal seletividade, o Cade rejeitou o argumento de que o alcance do Programa Tô Contigo não teria sido expressivo (20%), pois, na verdade, a AmBev teria focado sua implementação em pontos estratégicos específicos.

Por fim, destacou-se que não foram encontradas eficiências econômicas oriundas da prática, tampouco a AmBev teria apresentado quaisquer argumentos referentes a efeitos pró-competitivos do Programa Tô Contigo.

Portanto, o Cade concluiu que o Programa Tô Contigo possuía potencial de arrefecimento da concorrência, elevação dos custos de rivais e fechamento de mercado.

3.2 O Caso Infoglobo

3.2.1 Breve síntese do caso

O Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58 foi instaurado, em 2005, a partir de uma representação formulada pelo Jornal Brasil S/A (“JB”) e Editora o Dia S/A (“O Dia”) contra a Infoglobo Comunicações Ltda. (“Infoglobo”) pela adoção de condutas supostamente anticompetitivas relacionadas à sua política de descontos na venda de espaços publicitários.

Apesar de não ter sido proferida decisão final pelo Tribunal Administrativo do Cade, o Caso Infoglobo traz, por meio do parecer elaborado pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) - o então órgão investigativo do CADE -, algumas considerações importantes acerca da abordagem da autoridade brasileira em relação à política de descontos.

Em síntese, as condutas imputadas à Infoglobo foram: (i) a imposição de exclusividade na compra de espaços para publicação de anúncios publicitários; (ii) a concessão de descontos condicionados à compra de espaços publicitários em mais de um jornal editado pela Infoglobo;

(iii) a existência de diferenciação para divulgação de propaganda em mídia televisiva (televisão aberta), em decorrência da Rede Globo de Televisão pertencer ao mesmo grupo econômico da Infoglobo; (iv) a comercialização de do jornal EXTRA com preço de venda ao leitor abaixo do custo; (v) o fornecimento de espaço de propaganda abaixo do custo no EXTRA; e (vi) cobrança diferenciada de preços para publicação de anúncios em apenas um jornal da Infoglobo e em todos os jornais da Infoglobo (EXTRA e O Globo). Como o objeto deste trabalho se restringe aos descontos, será estudada somente a concessão de descontos (ii).

De acordo com a Infoglobo, os descontos oferecidos por ela levariam em consideração os seguintes parâmetros: (i) a quantidade de espaço contratado (volume); (ii) a quantidade dos investimentos do cliente disponibilizados na contratação dos serviços de anúncios de publicidade da Infoglobo; (iii) a regularidade/ frequência da contratação desse serviço; e (iv) a contratação de espaço para anúncio de publicidade em ambos os jornais pertencentes ao grupo (complementariedade).

A SDE considerou que os descontos concedidos pela Infoglobo em razão da quantidade de volume (item i) e regularidade/ frequência da contratação do serviço (item iii), por se tratarem de descontos lineares, associados ao volume de compra, não suscitariam maiores preocupações concorrenciais.

Portanto, a análise da SDE se concentrou nos descontos relacionados à quantidade de investimento do cliente (item ii) e à contratação de espaço para anúncio de publicidade em ambos os jornais pertencentes ao grupo (item iv).

Em relação aos descontos atrelados à verba publicitária destinada aos jornais da Infoglobo, concluiu-se que, com base nas evidências coletadas durante a instrução do processo, mesmo que não estabelecesse contratos de exclusividade com seus anunciantes, o desconto, aliado ao poder de mercado da Infoglobo, acabava por criar um efeito de fidelização. Nesse contexto, a SDE apontou que a concessão de desconto por empresa com poder de mercado, condicionada a uma exigência de exclusividade, teria uma evidente finalidade de fechamento de mercado, além de uma elevação de barreiras à entrada.

Quanto aos descontos relacionados à contratação de espaço para anúncio de publicidade nos jornais O Globo e EXTRA, a SDE entendeu que se tratava de uma venda casada velada e que não haveria racionalidade econômica que justificasse a adoção da prática.

Portanto, a SDE sugeriu a condenação da Infoglobo por infrações à ordem econômica previstas na Lei nº 8.884/1994 (atual Lei nº 12.529/2011).

Em 28 de agosto de 2013, o Tribunal Administrativo do Cade aprovou proposta de homologação de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) apresentada pela Infoglobo, na qual a empresa se comprometeu, dentre outras obrigações, a cessar a conduta em questão e recolher contribuição pecuniária de R\$ 1.941.024,85.

3.2.2 Dos argumentos da Infoglobo

Em sua defesa administrativa, a Infoglobo afirmou que a concessão de descontos sob investigação não seria capaz, ainda que potencialmente, de gerar quaisquer efeitos anticompetitivos. Segundo a empresa, ela teria oferecido descontos progressivos a anunciantes que (i) contratassem grandes quantidades de espaço publicitário e/ou (ii) preferissem destinar à Infoglobo uma parte considerável de suas verbas de publicidade, e tais anunciantes possuiriam elevado poder de barganha, que inclusive ameaçariam constantemente adquirir espaço em jornais ou mídias concorrentes.

Além disso, a Infoglobo defendeu que não haveria, em contrapartida aos descontos, qualquer exigência de contratação conjunta e que a representação do JB e do Dia visariam à eliminação de sua política de descontos, para garantir a eles, que seriam menos eficientes do que a empresa, menores pressões competitivas e maiores oportunidades para aumentar seus preços. Tais concorrentes, de acordo com a Infoglobo, também ofereceriam descontos similares.

A Infoglobo também ressaltou que, no entendimento da empresa, seria pouco racional para um anunciante vincular-se de forma exclusiva com somente um veículo, já que ele estaria deixando de atingir uma parcela de seu público-alvo que não tem acesso a essa mídia em específico. Ademais, os anunciantes teriam poder de barganha e a maior parte dentre os consultados pela SDE, por meio de ofícios, não teriam se posicionado contra a política de descontos.

Em suas alegações finais, a Infoglobo também defendeu que o Cade deveria realizar cálculos para se averiguar a relação preço final e custo de produção, bem como analisar qualitativamente os efeitos produzidos pela conduta praticada.

3.2.3 Da análise do Caso Infoglobo

Num primeiro momento, a SDE fez referência à experiência internacional acerca de descontos de fidelidade, que seriam definidos pela OCDE como estruturas de apreçamento que oferecem preços mais baixos em troca do compromisso do comprador direcionar grande parte de sua demanda a um determinado vendedor.

Além disso, a SDE apontou que os descontos poderiam se materializar de diversas formas, podendo ser lineares ou não-lineares, sendo estes mais preocupantes do ponto de vista concorrencial. O grau de não-linearidade seria “*representado por um maior ou menor desconto em face de um aumento do percentual da demanda do comprador em relação ao vendedor*”¹⁸⁰, de modo que os compradores seriam estimulados a concentrar sua necessidade no fornecedor que oferece descontos, aumentando assim o grau de fidelização do cliente.

Portanto, segundo o entendimento da OCDE, adotado pela SDE, os descontos de fidelidade suscitarão as seguintes preocupações concorrenciais: (i) estímulo ao efeito focalizador, isto é, encorajamento ao comprador de direcionar suas necessidades a poucos compradores, que dependeria do grau de não-linearidade do desconto; (ii) alteração do modo predominante de concorrência no mercado (da margem para a competição por lote/cliente); e (iii) geração de efeitos anticompetitivos, tais como redução de incentivos da concorrência via preço (baixa transparência dos preços) e fechamento de mercado. Além disso, notou-se que a potencialidade lesiva do programa de desconto seria agravada caso a empresa em questão tivesse posição dominante.

Portanto, em seguida, a SDE analisou se a Infoglobo possuiria posição dominante no mercado relevante envolvido na prática, que foi definido como sendo o “mercado de jornais impressos de interesse geral, com circulação diária, direcionados ao público do Estado do Rio de Janeiro”.

Analisando a estrutura do mercado, a SDE concluiu que (i) a Infoglobo seria o único agente econômico com penetração significativa em todas as classes sociais, o que conferiria à empresa grande vantagem competitiva; (ii) as barreiras à entrada seriam elevadas, vez que, para entrar no mercado, uma empresa teria que incorrer em custos consideráveis e, em grande medida, irrecuperáveis; (iii) o mercado seria altamente concentrado, sendo que a Infoglobo teria 72,9% de *market share*. Assim, a SDE concluiu que a Infoglobo possuiria poder de mercado.

¹⁸⁰ SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Nota Técnica apresentada nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58, em 23 de maio de 2012. Parágrafo. 102.

Verificada a posição dominante da Infoglobo, a SDE passou ao exame da concessão de descontos em si. Como indicado anteriormente, de acordo com a Infoglobo, os descontos oferecidos por ela levariam em consideração os seguintes parâmetros: (i) a quantidade de espaço contratado (volume); (ii) a quantidade dos investimentos do cliente disponibilizados na contratação dos serviços de anúncios de publicidade da Infoglobo; (iii) a regularidade/frequência da contratação desse serviço; e (iv) a contratação de espaço para anúncio de publicidade em ambos os jornais pertencentes ao grupo (complementariedade).

A SDE considerou que os descontos concedidos pela Infoglobo em razão da quantidade de volume (item i) e regularidade/frequência da contratação do serviço (item iii), por se tratarem de descontos lineares, associados ao volume de compra, não suscitariam maiores preocupações concorrenciais. No entendimento da SDE, tais descontos não seriam aptos a prejudicar a livre concorrência no mercado relevante sob investigação.

Portanto, a análise da SDE se concentrou nos descontos relacionados à quantidade de investimento do cliente (item ii) e à contratação de espaço para anúncio de publicidade em ambos os jornais pertencentes ao grupo (item iv).

Em relação aos descontos atrelados à verba publicitária destinada aos jornais da Infoglobo, a empresa teria admitido a prática do chamado “desconto de participação”, que seria fixado de acordo com o perfil de distribuição de investimentos do cliente. Após um exame da tabela de descontos oferecidos pela Infoglobo, a SDE concluiu que o desconto pelo percentual de destinação da verba publicitária não guardaria relação com a quantidade de espaço publicitário contratado, ficando claro o caráter não-linear do “desconto de participação”.

Assim, a despeito de não estabelecer contratos de exclusividade com seus anunciantes, o “desconto de participação”, aliado ao poder de mercado da Infoglobo, acabava por criar um elevado efeito de fidelização. Tal efeito seria agravado, de acordo com a SDE, principalmente em relação aos anunciantes de pequeno e médio porte, que não teriam condições de investir em diversos meios e possuiriam menor poder de barganha.

No que tange aos clientes, a SDE rejeitou o argumento da Infoglobo no sentido que a maior parte dos anunciantes consultados por ofício não teriam se posicionado contra os descontos. Isso porque, segundo a SDE, tais clientes oficiados teriam poder de barganha e não estariam dispostos a se indispor com a Infoglobo, que seria o maior veículo de anúncio em jornal impresso.

Quanto ao argumento da Infoglobo de que a autoridade deveria avaliar a relação entre o preço final e o custo da produção, a SDE apontou que a Infoglobo estaria tratando a conduta

como se fosse preço predatório, sem levar em consideração as peculiaridades do caso. Considerando o poder de mercado da Infoglobo, não seria necessário que a empresa incorresse em sacrifícios para oferecer os “descontos de participação”.

A SDE ainda destacou não ser necessária a comprovação quantitativa dos efeitos para configuração de infração concorrencial, sendo suficiente a demonstração da potencialidade desses efeitos.

Em relação ao argumento de que outras empresas também ofereceriam programas de descontos similares, a SDE anotou que a anticompetitividade do desconto de fidelidade dependeria da assimetria potencial entre concorrentes. Nesse contexto, mesmo que um competidor também oferecesse descontos, a decisão do anunciante não se basearia somente no preço pago, mas na capacidade do veículo de fazer chegar o anúncio ao público alvo, o qual, seria muito maior no caso da Infoglobo.

Além disso, a SDE constatou, com base nas provas coletadas na instrução, que os “descontos de participação” exigiriam exclusividade em contrapartida, prevendo a perda do desconto caso o anunciante decidisse contratar com um concorrente direto da Infoglobo.

Portanto, a SDE concluiu que a concessão de desconto pela Infoglobo reuniria todos os elementos causadores e agravantes de efeitos prejudiciais à concorrência, quais sejam: (i) a não-linearidade do programa; (ii) o poder de mercado da Infoglobo; (iii) mercado com notória assimetria potencial entre concorrentes.

Por fim, a SDE destacou não ser possível vislumbrar ganhos de eficiência decorrentes dos “descontos de participação”. De acordo com o parecer, apesar de ser racional, a decisão de anunciar em outros jornais seria pouco atrativa, em razão de os descontos serem não-lineares.

Quanto aos descontos relacionados à contratação de espaço para anúncio de publicidade nos jornais O Globo e EXTRA, a SDE entendeu que se tratava de uma venda casada velada e que não haveria racionalidade econômica que justificasse a adoção da prática.

3.3 Críticas acerca da análise do Cade

Apesar da jurisprudência do Cade ser limitada em relação a políticas de descontos, por meio dos Casos Tô Contigo e Infoglobo, é possível tecer algumas considerações importantes acerca da análise da autoridade brasileira.

Em primeiro lugar, no Caso Tô Contigo, o Cade parece analisar os descontos sob a ótica de práticas restritivas verticais, mais especificamente como acordos de exclusividade. Além de apresentar a visão da Escola de Chicago e pós-Chicago acerca de condutas verticais, o Cade dá sinais de que adota a regra da razão na decisão. De fato, a análise do Cade se concentra nos efeitos econômicos da conduta da AmBev, tais como o aumento do custo de rivais, além de apreciar possíveis eficiências decorrentes da prática de desconto.

Por sua vez, no Caso Infoglobo, o parecer da SDE também parece adotar o mesmo entendimento. De fato, além de procurar analisar as circunstâncias do caso, a SDE afastou que a concessão de descontos sob investigação fosse uma prática de preços predatórios. Em concordância com o Relatório da OCDE, a SDE considerou que os testes aplicados para condutas exclusionárias com base em preço não seriam adequados para os casos de descontos, na medida em que nem sempre estes exigem, por parte da empresa que os concedem, um sacrifício de seus lucros.

Em segundo lugar, no exame do Caso Tô Contigo, o Cade parece adotar o conceito de “descontos condicionais”, ao invés de adotar a categorização do Caso Intel em três classes diferentes, com tratamento jurídico diferenciado para cada uma delas. Isso porque, não obstante ter reconhecido que os descontos da AmBev exigiam exclusividade, o Cade, em nenhum momento, fez qualquer tipo de distinção quanto à análise de descontos vinculados à condição de exclusividade e demais tipos de descontos.

Nesse sentido, o Cade parece sugerir que o tratamento legal dos diferentes tipos de descontos deva ser o mesmo, sob a forma de descontos condicionais, com a análise de todas as circunstâncias. Além disso, o Cade, no início da decisão, fez referência ao entendimento firmado no *Paper* da Comissão Europeia quanto a descontos condicionais.

Em tal documento, bem como no Guia da Comissão Europeia, visou-se ao afastamento da abordagem formalista estabelecida no Caso Intel para descontos de exclusividade, ressaltando a necessidade de exame de todas as circunstâncias do caso para se analisar se um programa de desconto é, de fato, abusivo e passível de enquadramento como uma conduta anticoncorrencial.

De forma diversa, o Caso Infoglobo adotou a classificação proposta no Caso *Hoffmann-La Roche* entre descontos de quantidade e descontos de fidelidade. A SDE considerou que os descontos oferecidos em razão do volume, por seu caráter linear, seriam mais capazes de gerar efeitos pró-competitivos, tais como (i) a aproximação dos preços dos custos marginais dos produtos e (ii) o aumento do poder de barganha do comprador com o incentivo da concentração

de compra. Assim, a SDE dispensou uma análise mais detalhada acerca de tais descontos, por considerar que eles seriam presumidamente lícitos, não sendo aptos a prejudicar a livre concorrência no mercado relevante sob investigação.

Do outro lado, a SDE se concentrou no exame dos descontos de fidelidade, por serem não-lineares, pois estes teriam maior probabilidade de excluir concorrentes do mercado e, portanto, a liberdade de escolha dos consumidores.

De qualquer forma, em linha com o parecer do Advogado-Geral no Caso Intel, apesar de presumir, de certo modo, a anticompetitividade dos descontos de fidelidade, com a adoção do entendimento do Caso *Hoffmann-La Roche*, a SDE não afirmou ser desnecessária a análise das circunstâncias e do contexto em que foram concedidos tais descontos, ao contrário do defendido no Caso Intel. Portanto, a SDE realizou um exame da estrutura do mercado e das características dos descontos oferecidos pela Infoglobo.

Pode-se concluir que, portanto, o Cade busca verificar as características dos descontos e o contexto mercadológico em que eles são concedidos, aproximando-se de uma análise sob a regra da razão e afastando-se da abordagem puramente formalística do Caso Intel. Por meio da análise da decisão proferida no Caso Tô Contigo, bem como do parecer da SDE no Caso Infoglobo, pode-se notar que a autoridade brasileira se preocupa com os efeitos decorrentes da prática, ainda que potenciais, quando da apreciação da (i)licitude dos descontos.

Entretanto, algumas críticas podem ser feitas. Em primeiro lugar, especialmente em relação ao Caso Tô Contigo. No final da decisão, o Cade assentou que “*para haver efeitos anticompetitivos, não é necessário que ocorra a prática de fechamento de mercado; basta que se constate a não-linearidade em programa de empresa em posição dominante*”¹⁸¹.

Ocorre que a análise desenvolvida pelo Cade ao longo da decisão parece contradizer o conteúdo do trecho colacionado acima. Conforme destacado, o Cade, apesar de não indicar expressamente, parece adotar o conceito “desconto condicional”, e não a categorização tríptica estabelecida no Caso Intel. Nesse sentido, pressupõe-se que a análise do Cade procurou se afastar de uma abordagem formalista e verificar quais seriam as circunstâncias do caso para concluir, posteriormente, se a conduta da AmBev seria anticompetitiva. Com efeito, o Cade buscou analisar as características do mercado de cervejas, os aspectos relevantes do Programa Tô Contigo e possíveis eficiências que poderiam advir da prática da AmBev.

¹⁸¹ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. p. 79

Entretanto, o trecho mencionado acima parece indicar que os efeitos de fechamento não são relevantes para se configurar a ilicitude do programa de desconto, bastando apenas a identificação da forma não-linear, adotando, assim, uma postura mais formalista, em linha com a decisão do Caso Intel.

Portanto, ao mesmo tempo em que a decisão parece se afastar do *form-based approach*, ela se aproxima da abordagem formalista ao assentar que o caráter anticompetitivo do programa de desconto advém de sua não-linearidade, e não dos efeitos – ainda que potenciais – de fechamento de mercado decorrentes da prática.

Nessa mesma linha, Geradin e Pereira Neto também criticaram a ausência de uma análise efetiva do nível de fechamento de mercado decorrente do Programa Tô Contigo. De acordo com os autores, considerando que a conduta da AmBev teria afetado apenas 10-12% dos PDVs e cerca de 10% do volume de vendas, o nível de fechamento de mercado seria baixo e, portanto, que a conduta provavelmente não geraria efeitos anticompetitivos¹⁸².

No entendimento dos autores, o Cade teria considerado que a política agressiva de *marketing* da AmBev seria suficiente para caracterizar a ilicitude do programa de descontos. Assim, sua análise se concentrou mais na suposta finalidade do programa e seus potenciais efeitos, e não nos reais efeitos da prática. Ao adotar essa abordagem, a análise teria se aproximado mais de uma perspectiva formalista, muito embora o Cade tivesse alegado que ela seria baseada em efeitos¹⁸³.

Por fim, Geradin e Pereira Neto defendem que, não obstante a decisão do Cade tivesse sido influenciada pelo direito antitruste da União Europeia, com referências à doutrina e jurisprudência europeia, o Cade não logrou êxito em aplicar os parâmetros propostos pela Comissão Europeia. Segundo os autores, a análise do Caso Tô Contigo careceu de um exame mais detalhado do nível de fechamento de mercado e de que maneira o programa teria afetado concorrentes tão eficientes quanto a AmBev, além de uma apreciação mais profunda acerca das potenciais eficiências geradas pela conduta da empresa¹⁸⁴.

¹⁸² GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 36-37. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 37. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

CONCLUSÃO

Conforme indicado anteriormente, não há respostas fáceis no Direito da Concorrência. Isso não é diferente quando se trata de condutas que envolvem a concessão de descontos, ainda mais quando são oferecidos por empresas com grande poder de mercado.

No âmbito da União Europeia, procurou-se identificar quais os fatores que são levados em consideração pela Comissão Europeia na análise de *rebates*, por meio do Caso Intel. No referido Caso, identificou-se que a abordagem adotada pela autoridade europeia foi bastante – senão excessivamente – formalista, na medida em que se presumiu que os descontos oferecidos pela Intel, por exigirem exclusividade como contrapartida, seriam aprioristicamente ilícitos.

Assim, em tese, não seria necessário verificar as circunstâncias do caso nem os efeitos concretos da prática para se determinar a ilegalidade dos descontos oferecidos pela Intel, bastando que estes se enquadrassem na categoria de descontos de exclusividade, que, por sua própria natureza, seriam capazes de causar fechamento de mercado e restringir o poder de escolha de consumidores.

Essa abordagem, conforme indicado no trabalho, de fato, é indesejável quando se trata de condutas que podem gerar eficiências, sendo inadequado também adotar a mesma postura de práticas que são, muito provavelmente, prejudiciais à concorrência, tais como cartéis.

Ao concentrar-se somente na forma em que a conduta se apresenta e conferindo tratamento jurídico distinto para cada um desses modelos, corre-se o risco de que a postura da autoridade seja inconsistente. Isso porque duas práticas, apesar de se apresentarem de formas distintas, podem gerar os mesmos efeitos, e não faria sentido tratá-las de maneira diferenciada, adotando uma postura mais rígida com uma conduta do que com outra.

No entanto, apesar da validade dessa crítica, pode-se entender também que a probabilidade de que descontos de exclusividade gerem efeitos deletérios à concorrência, excluindo rivais e restringindo o poder de escolha dos compradores, é elevada. Assim, o aspecto formal a que a abordagem da Comissão Europeia prioriza no Caso Intel seria, em última instância, também baseado nos efeitos da conduta. Tal constatação, aliada ao fato de que, mesmo com a adoção de uma abordagem formalista, é possível que a empresa em questão suscite argumentos de eficiência e de efeitos benéficos à concorrência, parece indicar que o *form-based approach* não é tão excessivamente formalista quanto parece.

Ademais, a adoção de uma abordagem formalista pode engessar a análise de descontos, quando na verdade o Direito da Concorrência, por conta da dinamicidade dos mercados, exige

desafios cada vez maiores no sentido contrário. Por outro lado, a categorização dos descontos também pode oferecer parâmetros mais objetivos e precisos acerca da apreciação dessas condutas, o que poderia, em último caso, conferir mais segurança jurídica às empresas.

Tanto na União Europeia, como no Brasil, a exclusividade parece ser um ponto crucial da análise. No Caso Intel, por se tratar de descontos de exclusividade, a conduta da empresa foi considerada presumidamente ilícita. Por sua vez, nos Casos Tô Contigo e Infoglobo, para determinar a anticompetitividade do programa de descontos, o Cade e a SDE também levaram em consideração a não-linearidade dos descontos (que podem gerar um maior efeito de fidelização) e a existência de punições caso os clientes adquirissem de concorrentes.

Disso decorre que, apesar das críticas feitas (como o Parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia), os programas de desconto que envolvem alguma condição de exclusividade devem ser analisados sob a ótica de práticas restritivas unilaterais, na modalidade de acordos de exclusividade. Portanto, testes utilizados para casos de preços predatórios não seriam conclusivos para se verificar se os descontos em questão são ou não ilegais, sendo mais apropriado apreciá-los sob a regra da razão.

A esse respeito, a partir dos casos examinados, a autoridade brasileira parece estar mais avançada quanto ao tema do que a Comissão Europeia. Isso porque, ao contrário do Caso Intel, o Cade e a SDE não consideraram ser desnecessária a análise das circunstâncias do caso e do contexto dos descontos e, portanto, demonstrou uma tendência maior à valorização dos efeitos da conduta.

Em relação à SDE, cumpre destacar que, mesmo adotando a categorização do Caso *Hoffmann-La Roche*, aproximando-se, desse modo, à abordagem formalista do Caso Intel, não deixou de analisar as características e os possíveis efeitos decorrentes da concessão dos descontos de fidelidade pela Infoglobo. Nesse sentido, a autoridade brasileira também parece estar em linha com as observações feitas no Parecer do Advogado-Geral no Caso Intel.

Outro ponto suscetível a gerar debate se refere à cobertura do mercado afetado pela prática de desconto, questão abordada no Caso Intel e no Caso Tô Contigo. Na primeira ocasião, o Tribunal Geral da União Europeia entendeu que, independentemente da representatividade na necessidade total do cliente – no caso, 28% –, o fato de que a Intel exigia da HP que comprasse 95% de sua demanda por um tipo específico de CPU seria suficiente para caracterizar a condição de exclusividade. Similarmente, no Caso Tô Contigo, apesar do programa de desconto ter atingido uma parcela pequena dos PDVs, o Cade concluiu pela anticompetitividade da conduta da AmBev, pois o Programa Tô Contigo era direcionado a PDVs estratégicos.

Portanto, alguns pontos ainda permanecem em aberto quanto a sistemas de *rebates*. A maior dúvida, no momento, é se o Tribunal de Justiça irá concordar ou não com as críticas tecidas em relação às decisões da Comissão Europeia e do Tribunal Geral no Caso Intel, declarando a nulidade do julgamento. Caso concorde, consolidar-se-á a tendência de se analisar as condutas relacionadas a descontos sob a regra da razão, e não mais sob a abordagem formalista proposta no Caso Intel.

Nessa hipótese, alguns parâmetros importantes também poderão ser esclarecidos, tais como a pertinência de testes aplicados a preços predatórios e a própria direção que as autoridades europeias tomarão em relação a condutas abusivas, nos termos do Artigo 102 do TFUE.

Por fim, a análise do Cade e da SDE demonstram a influência exercida pelas decisões proferidas na União Europeia em relação aos *rebates*. Isso ficou claro tanto no empréstimo de considerações teóricas, como também nas referências à jurisprudência europeia. Nesse sentido, o julgamento final do Caso Intel poderá também ser de extrema relevância para apontar qual a direção será tomada também pelo Cade em relação a programas de desconto.

De qualquer forma, conforme delineado acima, o Cade já parece direcionar sua análise nos efeitos dos sistemas de desconto. Assim, a adoção da regra da razão pelo Tribunal de Justiça poderá representar um precedente de suma relevância para a autoridade brasileira consolidar ainda mais tal posicionamento para os eventuais próximos casos de *rebates*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTELHO, Ricardo. **Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position**: Analysis of the EU General Court's judgment in Intel, p. 27. São Paulo: Editora Singular, 2016.

BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n o 20, de 9 de julho de 1999. Brasília, Diário Oficial da União de 28 de junho de 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. 2009. p. 13. Disponível em: http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

CROFTS, Lewis. EU will analyze 'efficiency' of loyalty rebates claims, Madero says. **MLex**. 29 de março de 2017.

ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY. Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82. p. 6. Julho de 2005. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf. Acesso em 20 de maio de 2017.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. p. 193 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em 28 de maio de 2017.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009.

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. For a Rigorous "Effects-Based" Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. 2012. p. 12-13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188379. Acesso em 13 de maio de 2017.

GOMES, Lauro Celidonio Gomes; SAAD, Andrea; PELUSSI, Felipe. Dominance. **Getting the Deal Done**. 21 de abril de 2017. Disponível em: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/6/dominance-brazil/>. Acesso em 29 de maio de 2017.

Instituições da UE e a política da concorrência. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/consumers/institutions_pt.html. Acesso em 25 de maio de 2017.

NEWMAN, Matthew. Comment: Intel's victory in EU court opinion may prove short-lived. **MLex**. 20 de outubro de 2016.

OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES** Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity Rebates. 2016. p. 3. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL/en/pdf). Acesso em 14 de maio de 2017.

OCDE. **ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES**: Note by Brazil. 2016. p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)2&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)2&doclanguage=en). Acesso em 13 de maio de 2017.

ØSTERUD, Eirik. Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests. In: **International Competition Law Series**. Holanda: Editora Wolters Kluwer Law Business.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. p. 91-92. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SECRETARIA DE DIREITO ECÔNOMICO. Nota Técnica apresentada nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58, em 23 de maio de 2012.

TRIBUNAL GERAL. Acórdão proferido no processo T-286/09 – *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, julgado em 12 de junho de 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 julgado em 20 de fevereiro de 2013.

WAHL, Nils. Parecer exarado no Processo C-413/14 P em 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.395.01.0025.01.POR. Acesso em 18 de maio de 2017.

WHISH Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. p. 1-23. Oxford: Oxford University Press, 2012.